

Úrad pre verejné obstarávanie, ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) a § 169 ods. 1 písm. d) a § 187e ods.6 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, vo veci námietok uchádzača zloženého zo skupiny dodávateľov **XX** (ďalej len „navrhovateľ“), smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písm. a) až f), vo veci neposkytnutia súčinnosti a naň nadväzujúceho úkonu, a to proti uplatneniu práva z bankovej záruky v rámci časti 2 predmetu zákazky (Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiú Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa), vo verejnej súťaži na predmet nadlimitnej zákazky „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiú Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik**, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica IČO: 36022047 (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie pod č. 2018/S 231-526926 dňa 30. 11. 2018 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 dňa 03. 12. 2018 pod zn. 17268 - MSP, vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad pre verejné obstarávanie **zastavuje** konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa zloženého zo skupiny dodávateľov **XX** na základe plnomocenstva uzavretého medzi členmi skupiny dodávateľov zo dňa 17. 01. 2019 podľa § 174 ods. 1 písm. i) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ dňa 04. 12. 2020 listom doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) podal v listinnej podobe a zároveň dňa 04. 12. 2020 v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písm. a) až f) vo veci neposkytnutia súčinnosti a naň

nadväzujúceho úkonu, a to proti uplatneniu práva z bankovej záruky. Navrhovateľ doručil úradu doplnenie námietok v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy dňa 04. 12. 2020. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 04. 12. 2020 v listinnej podobe a zároveň dňa 04. 12. 2020 v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy. Navrhovateľ doručil kontrolovanému doplnenie námietok v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy dňa 04. 12. 2020.

2. Úrad uvádza, že dňa 01. 01. 2019 nadobudol účinnosť zákon č. 345/2018 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony.
3. Podľa § 187e ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 1. 1. 2019 sa postup zadávania zákazky a postup zadávania koncesie, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 31. 12. 2018, dokončia podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018; to neplatí, ak ide o uplatňovanie odkladných lehôt pre uzavretie zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy podľa § 56 a pre povinnosť podať podnet podľa § 169 ods. 2.
4. Podľa § 187e ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 1. 1. 2019 sa v konaní začatom po 31. 12. 2018, ktoré sa vzťahuje na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, postupuje podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018; to neplatí pre konanie na základe podnetu podľa § 169 ods. 2, pre zníženie pokuty podľa § 173 ods. 14, § 175 ods. 4 tretej vety a pre vydanie rozhodnutia podľa § 175 ods. 4 druhej vety.
5. V súvislosti s vyššie uvedenými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom od 1. 1. 2019 úrad uvádza, že v predmetnom konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa bude úrad postupovať podľa predpisov účinných do 31. 12. 2018, t. j. podľa zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom do 31. 12. 2018.

Námietky navrhovateľa

6. Navrhovateľ úvodom námietok uvádza, že predmetná zákazka „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“ je rozdelená na 2 časti: Časť 1: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť“ a Časť 2: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa“. Navrhovateľ podáva námietky voči časti 2 predmetu zákazky. Spoločnosť XY (ďalej len „XY“) a spoločnosť XZ (ďalej len „XZ“), ako členovia skupiny dodávateľov „XX“ predložili dňa 27. 02. 2019 ponuku do verejného obstarávania pre časť 2. Člen skupiny dodávateľov spoločnosť XZ splnomocnil na základe plnej moci zo dňa 17. 01. 2019, ako osobu oprávnenú konať a podpisovať za členov skupiny dodávateľov, vo veciach týkajúcich sa uvedeného verejného obstarávania spoločnosť XY. Člen skupiny dodávateľov spoločnosť XZ splnomocnil spoločnosť XY na zastupovanie v revízijských postupoch aj Zmluvou o združení zo dňa 16. 01. 2019.

7. Navrhovateľ uvádza, že kontrolovaný listom zo dňa 30. 07. 2020 navrhovateľovi doručil Oznámenie - Informáciu o výsledku vyhodnotenia ponúk. V Oznámení o výsledku vyhodnotenia ponúk kontrolovaný oznámil navrhovateľovi, že uchádzač „XX“, ktorého členmi sú spoločnosť XX a spoločnosť XZ sa stal úspešným uchádzačom (umiestnil sa na prvom mieste) v tomto verejnom obstarávaní pre časť 2: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa“. Uvedená informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk je zverejnená aj v profile verejného obstarávateľa.
8. Kontrolovaný listom „Výzva na uzavretie zmluvy“ zo dňa 03. 11. 2020 (ďalej len „Výzva na uzavretie zmluvy,“) v značnom časovom odstupe (v trvaní dlhšom ako 3 mesiace odo dňa oznámenia informácie o výsledku vyhodnotenia ponúk) vyzval navrhovateľa ako úspešného uchádzača podľa § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní na uzavretie zmluvy o dielo na predmet zákazky (ďalej len „Zmluva o dielo“), a to v lehote 10 pracovných dní odo dňa doručenia Výzvy na uzavretie zmluvy. Predmetná Výzva na uzavretie zmluvy bola navrhovateľovi doručená dňa 06. 11. 2020. V rámci uvedenej Výzvy na uzavretie zmluvy kontrolovaný poukázal na bod 31. súťažných podkladov, v zmysle ktorého: „Úspešný uchádzač alebo uchádzači pred podpisom zmluvy, ktorá bude výsledkom tohto verejného obstarávania budú v lehote podľa § 56 ods. 8, 10 alebo 11 zákona o verejnom obstarávaní povinní predložiť:
- 31.3.1 údaje o všetkých známych subdodávateľoch minimálne v rozsahu obchodné meno, sídlo resp. miesto podnikania a IČO, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia v súlade s § 41 ods. 3 v spojení s § 41 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní,
 - 31.3.2 v prípade skupiny dodávateľov originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy, v ktorej budú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti členov skupiny dodávateľov, kto sa ako častou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov voči verejnému obstarávateľovi spoločne a nerozdielne (pozn. bude aplikované len v prípade, ak zmluva nebola v požadovanom rozsahu predložená už ako súčasť ponuky) (...)“
- Bod 31.3.3 súťažných podkladov sa v danom prípade neaplikoval, z dôvodu, že doklady podľa 31.3.3.1 a 31.3.3.2 navrhovateľ predložil vo svojej ponuke za osobu, prostredníctvom ktorej preukázal splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ má za to, že z Výzvy na uzavretie zmluvy vyplynulo, že nekorešpondovala s podmienkami poskytnutia súčinnosti podľa bodu 31 súťažných podkladov.
9. Na základe Výzvy na uzavretie zmluvy, navrhovateľ listom zo dňa 03. 11. 2020 (doručeným osobne kontrolovanému dňa 13. 11. 2020) predložil kontrolovanému doklady požadované v rámci poskytnutia súčinnosti. Navrhovateľ uvádza, že okrem dokladov požadovaných v rámci poskytnutia súčinnosti uvedených v bode 31.3 súťažných podkladov požadoval kontrolovaný predložiť aj prílohy, ktoré mali tvoriť neoddeliteľnú súčasť Zmluvy o dielo. Navrhovateľ preto uvádza, že predložil aj doklady, ktoré mali tvoriť neoddeliteľnú súčasť Zmluvy o dielo. Navrhovateľ ďalej uvádza, že prevzatie listu dňa 13. 11. 2020, ktorým navrhovateľ riadne a včas

poskytol súčinnosť, potvrdil kontrolovaný na kópii listu navrhovateľa odtlačkom pečiatky a podpisom splnomocnenca kontrolovaného. Navrhovateľ má za to, že ešte pred uplynutím lehoty stanovenej vo Výzve na uzavretie zmluvy riadne poskytol kontrolovaným vyžadovanú súčinnosť, t. j. z úkonov navrhovateľa je nepochybné, že vyvinul všetku potrebnú súčinnosť na uzavretie zmluvy. Navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný disponoval všetkými dokladmi, ktoré boli predmetom poskytnutia súčinnosti už dňa 13. 11. 2020 a lehota na uzavretie zmluvy stanovená kontrolovaným uplynula až 23. 11. 2020 a kontrolovaný neavizoval navrhovateľovi žiadne výhrady. Navrhovateľ viackrát telefonicky kontaktoval zamestnancov kontrolovaného, aby sa vyjadrili k predloženým dokladom a k poskytnutej súčinnosti v záujme čo najskoršieho uzavretia Zmluvy o dielo s kontrolovaným.

10. Navrhovateľ uvádza, že až po uplynutí lehoty na uzavretie Zmluvy o dielo, listom zo dňa 24. 11. 2020 Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti (doručenom navrhovateľovi dňa 25. 11. 2020), kontrolovaný oznámil navrhovateľovi, že navrhovateľ neposkytol riadnu súčinnosť kontrolovanému a tiež, že kontrolovaný pristúpi k uzatvoreniu Zmluvy o dielo s uchádzačom, ktorý sa po vyhodnotení ponúk umiestnil na druhom mieste v poradí. Vzhľadom na to, že navrhovateľ považoval postup kontrolovaného za nezákonný, v nadväznosti na úkon kontrolovaného – Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti, navrhovateľ dňa 01. 12. 2020 doručil úradu a kontrolovanému námietky podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti tomuto úkonu kontrolovaného. V námietkach zo dňa 01. 12. 2020, v nadväznosti na opis rozhodujúcich skutočností tam uvedených, navrhovateľ navrhol, aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, spočívajúci vo svojvoľnom a ničím nepodloženom vyhodnotení predložených dokladov ako neposkytnutí súčinnosti potrebnej k uzatvoreniu zmluvy, nariadil zrušiť úkon kontrolovaného zo dňa 24. 11. 2020 – Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti, ktorým kontrolovaný prijal záver o údajnom neposkytnutí súčinnosti pri uzatváraní zmluvy a zároveň, aby nariadil kontrolovanému uznať doklady predložené navrhovateľom ako postačujúce pre uzatvorenie zmluvy, resp. aby nariadil kontrolovanému požiadať navrhovateľa o vysvetlenie nejasností alebo prípadných nezrovnalostí v poskytnutých dokladoch, a to za účelom vysvetlenia predložených dokladov. Zároveň navrhovateľ v námietkach zo dňa 01. 12. 2020 žiadal, aby úrad vydal predbežné opatrenie v zmysle § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní. Rovnako navrhovateľ v námietkach zo dňa 01. 12. 2020 žiadal, aby rozhodnutím o predbežnom opatrení úrad rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neuplynú. Navrhovateľ preto uvádza v námietkach, ktoré sú predmetom tohto konania, že právne posúdenie a vyhodnotenie skutočností, ktoré boli predmetom námietok zo dňa 01. 12. 2020 skutkovo a právne súvisia s obsahom namietaných skutočností, ktoré sú predmetom týchto námietok (t. j. existuje tu priama právna, vecná a časová podmienenosť), preto považoval navrhovateľ za nevyhnuté poukázať v obsahu týchto námietok na nezákonnosť postupu kontrolovaného vo veci vyhodnotenia údajného neposkytnutia súčinnosti potrebnej

k uzavretiu zmluvy zo strany navrhovateľa.¹

11. So skutočnosťami uvedenými v Oznámení o neposkytnutí súčinnosti potrebnej k uzatvoreniu zmluvy navrhovateľ nesúhlasí, považuje ich za rozporné s princípmi verejného obstarávania, a to princípom rovnakého zaobchádzania, princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípom transparentnosti, princípom proporcionality ako aj princípom hospodárnosti a efektívnosti. Podľa navrhovateľa z Oznámenia o neposkytnutí súčinnosti vyplýva svojvôľa kontrolovaného pri vyhodnotení predložených dokladov, nakoľko kontrolovaný uvádza, že vyhodnotil, že navrhovateľ neposkytol súčinnosť, avšak ním uvádzané argumenty nemajú oporu v skutkovom stave. Z uvedeného dôvodu navrhovateľ podal námietky zo dňa 01. 12. 2020 tak, ako uviedol navrhovateľ vyššie, a to proti záverom verejného obstarávania, podľa ktorého navrhovateľ neposkytol súčinnosť potrebnú k uzavretiu zmluvy.
12. Kontrolovaný ako dôvod neposkytnutia súčinnosti uviedol, že zmluva ktorú navrhovateľ predložil do ponuky v rámci poskytnutia súčinnosti, a to Zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o dielo a Zmluva o poskytnutí odborných a technických kapacít, ktorá bola uzatvorená dňa 13. 12. 2018 medzi navrhovateľom a osobou, ktorej kapacity navrhovateľ použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovenej v súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať dielo v rozsahu, v ktorom navrhovateľ použil kapacity (ďalej aj ako „Zmluva s tretou osobou”), neobsahuje záväzok spoločnej zodpovednosti a podľa názoru verejného obstarávateľa ani neobsahuje záväzok tretej osoby skutočne vykonať dielo. K uvedenému tvrdeniu navrhovateľ uvádza, že z obsahu Zmluvy s tretou osobou jednoznačne vyplýva záväzok tretej osoby skutočne poskytnúť plnenie v rozsahu v akom preukázal splnenie technickej alebo odbornej spôsobilosti pre plnenie predmetu zákazky. Zároveň z obsahu Zmluvy s tretou osobou tiež podľa navrhovateľa vyplýva spoločný záväzok zmluvných strán podieľať sa na plnení predmetu zákazky ako aj záväzok tretej osoby ako budúceho zhotoviteľa poskytnúť svoje kapacity na účel verejného obstarávania v súlade s Oznámením oddiel III.1.3 bod 1) a bodu 1 časti 1.3 Technická a odborná spôsobilosť Kapitoly B. Podmienky účasti uchádzačov súťažných podkladov.
13. Zo znenia bodu 25.18 návrhu Zmluvy o dielo podľa navrhovateľa vyplýva, že súčasťou tejto Zmluvy o dielo je príloha, a to cit.: „zmluva uzatvorená medzi Zhotoviteľom a osobou, ktorej kapacity Zhotoviteľ použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovenej v Súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať Dielo v rozsahu, v ktorom Zhotoviteľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovenej v súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto Zmluvy spoločne so Zhotoviteľom (pozn. bude aplikované a upravené len v prípade, ak zhotoviteľ preukázal v súťažných podkladoch stanovenú technickú alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby).” Navrhovateľ poukazuje na to, že z obsahu návrhu Zmluvy o dielo nie je zrejmé, aký pojem predstavuje „Zmluva” nakoľko samotný návrh Zmluvy o dielo obsahuje rôzne označenie zmluvy, a to buď s malým z „zmluva” resp.

¹ Úrad konštatuje, že navrhovateľ poukazuje na samostatné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok vedeného úradom, č. k. 16470-6000/2020-OD.

veľkým Z „Zmluva“, a teda môže ísť o rôzne typy zmlúv napr. zmluva uzavretá medzi uchádzačom a subdodávateľmi uchádzača resp. zmluva uzavretá medzi úspešným uchádzačom a verejným obstarávateľom. Navrhovateľ má teda zato, že uvedené nejasné pojmy vyvolávajú pochybnosti o obsahu vyššie citovaného ustanovenia.

14. Navrhovateľ ďalej uvádza, že kontrolovaný neposkytnutie súčinnosti s úspešným uchádzačom odôvodnil tým, že zmluva o združení uzatvorená skupinou dodávateľov „XX“ predkladajúcou ponuku t. j. spoločnosťou XY a spoločnosťou XZ (ďalej len „Zmluva o združení“) neobsahuje informáciu, ktorý člen sa akou časťou bude podieľať na plnení predmetu zákazky. K uvedenému tvrdeniu o neposkytnutí súčinnosti navrhovateľ uvádza, že Zmluva o združení bola uzavretá podľa § 829 — § 841 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších právnych predpisov (ďalej aj ako „Občiansky zákonník“). V prípade, ak nie sú určené podiely členov zdrużenia v zmluve o združení v súlade s ust. § 835 Občianskeho zákonníka sa má zato, že podiely účastníkov zdrużenia sú rovnaké. Zo znenia čl. V Zmluvy o združení preto podľa navrhovateľa vyplýva, že zo záväzkov vzniknutých plnením predmetu verejného obstarávania a Zmluvy o dielo sú členovia zdrużenia zodpovední spoločne a nerozdielne. Informácia, ktorý člen sa akou časťou bude podieľať na plnení predmetu zákazky vyplýva podľa navrhovateľa z obsahu Zmluvy o združení, a to z ust. Čl. V. Zmluvy o združení (Povinnosti členov Zdrużenia) z ktorého vyplýva, že, cit: „Členovia Zdrużenia vyhlasujú, že spĺňajú podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, podmienky účasti týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a podmienky účasti týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti a požiadavky na predmet zákazky stanovené v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch, na ktorých zabezpečenie sa zaviazali v súlade s touto zmluvou a preberajú záruky za svojich subdodávateľov.“ Z uvedeného ustanovenia Zmluvy o združení je podľa navrhovateľa zrejmé, že členovia Zdrużenia XX sa zaviazali na vykonanie predmetu zákazky, t. j. diela podľa Zmluvy o dielo, v rozsahu, v akom títo preukazovali podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, podmienky účasti týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a podmienky účasti týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti.
15. Navrhovateľ má za to, že Zmluva o združení ním predložená vymedzuje tiež činnosti členov zdrużenia v čl. IV Zmluvy o združení a rovnako aj z čl. III Zmluvy o združení vyplýva vymedzenie činnosti spoločnosti XY ako vedúceho člena zdrużenia. Vyhodnotenie uvedenej Zmluvy o združení kontrolovaným ako zmluvy, ktorá neobsahuje informáciu akou časťou sa bude člen zdrużenia podieľať na plnení predmetu zákazky považuje navrhovateľ za nezákonné a v rozpore s inštitútom poskytnutia súčinnosti. Navrhovateľ má ďalej za to, že tu existuje dôvodné podozrenie, že kontrolovaný vykonštruoval údajné neposkytnutie súčinnosti navrhovateľom s cieľom uprednostniť uchádzača, ktorý sa umiestnil ako druhý v poradí. Je podľa navrhovateľa potrebné uviesť, že vyvinul všetku potrebnú aktivitu potrebnú na uzavretie zmluvy, pričom podľa navrhovateľa práve verejný obstarávateľ svojim konaním nevyvíjal aktivitu smerujúcu k uzavretiu zmluvy po poskytnutej riadnej súčinnosti. Navrhovateľ má podľa vlastného vyjadrenia indície, že kontrolovaný nepoužil rovnaký postup u navrhovateľa, aký použil v prípade poskytnutia súčinnosti u iných uchádzačov v iných verejných obstarávaniach v prípade predloženia zmluvy skupiny dodávateľov vo veci úpravy ich vzájomných práv a povinností. Navrhovateľ má podľa vlastného vyjadrenia tiež indície, že kontrolovaný pri iných

verejných obstarávaníach akceptoval v rámci poskytnutia súčinnosti zmluvu o združení, ktorá má taký skutkový a právny základ, ktorý možno bez akýchkoľvek pochybností pripodobniť ku skutkovému stavu v tomto verejnom obstarávaní.

16. V nadväznosti na vyššie uvedené navrhovateľ uvádza nasledovné skutočnosti, cit:

„Navrhovateľ kontrolovanému v súlade s čl. 16 súťažných podkladov predložil v ponuke zábezpeku ponuky pre časť 2 predmetu zákazky poskytnutím záručnej listiny - Bankovej záruky č. 294/CC/17-BG83 zo dňa 13. 12. 2018 vystavenú spoločnosťou Slovenská sporiteľňa, a. s., so sídlom Tomášikova 48, 832 37 Bratislava, IČO: 00151653. Vzhľadom na skutočnosť, že ku dňu uplynutia platnosti tejto Bankovej záruky, nebol proces verejného obstarávania ukončený, navrhovateľ v súlade s čl. 16 súťažných podkladov predložil kontrolovanému zábezpeku ponuky pre časť 2 predmetu zákazky poskytnutím záručnej listiny — Bankovej záruky č. 621.529 vystavenej dňa 20. 12. 2019 spoločnosťou Tatra banka, a. s., so sídlom Hodžovo nám. 3, 811 06 Bratislava, IČO: 00686930 (ďalej aj ako „Tatra banka, a. s.”) vo výške peňažnej sumy 250 000,- EUR. Navrhovateľ predložil kontrolovanému Dodatok č. 1 k Bankovej záruke č. 621.529 vystavený dňa 30. 06. 2020, ktorým sa predĺžila platnosť Bankovej záruky č. 621.529 do 30. 09. 2020 (ďalej aj ako „Dodatok č. 1 k Bankovej záruke č. 621.529”). Navrhovateľ predložil kontrolovanému Dodatok č. 2 k Bankovej záruke č. 621.529 vystavený dňa 30. 09. 2020, ktorým sa predĺžila platnosť Bankovej záruky č. 621.529 do 31. 12. 2020 (ďalej aj ako „Dodatok č. 2 k Bankovej záruke č. 621.529”). (Banková záruka č. 621.529 vystavená spoločnosťou Tatra banka, a. s. dňa 20. 12. 2019 v znení Dodatku č. 1 zo dňa 30. 06. 2020 a Dodatku č. 2 zo dňa 30. 09. 2020 ďalej spolu aj ako „Banková záruka č. 621.529” alebo „Banková záruka“).“

17. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 27. 11. 2020 prostredníctvom systému EVO „Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky a výzva na zaplatenie“ zo dňa 24. 11. 2020 (ďalej aj ako „Oznámenie o uplatnení práv v bankovej záruke“), pričom originál doručil kontrolovaný spoločnosti Tatra banka, a.s. so sídlom Hodžovo nám. 3, 811 06 Bratislava, IČO: 00686930. Kontrolovaný v Oznámení o uplatnení bankovej záruky uviedol, že si v súlade s § 46 ods. 6 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uplatňuje nárok na zaplatenie zábezpeky z Bankovej záruky Bankovej záruky č. 621.529 vystavenej dňa 20. 12. 2019 v znení jej dodatkov a žiada spoločnosť Tatra banka, a.s., ako banku, ktorá Bankovú záruku vystavila o zaplatenie sumy vo výške 250 000,-EUR na bankový účet kontrolovaného. Navrhovateľ s poukazom na list Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky uvádza, že považuje úkon kontrolovaného, ktorým si uplatňuje zábezpeku, t. j. vyzýva spoločnosť Tatra banka, a.s. na uplatnenie práv z bankovej záruky za diskriminačný a nezákonný a za porušujúci jeho práva a právom chránené záujmy, nakoľko má za to, že nenastali zákonné dôvody, ktoré kontrolovaný uvádza ako dôvody pre uplatnenie práva z bankovej záruky, nakoľko má za to, že z jeho strany nedošlo k neposkytnutiu súčinnosti vedúcej k uzatvoreniu zmluvy o dielo. Z Oznámenia o uplatnení práv z bankovej záruky vyplýva nezákonnosť postupu verejného obstarávateľa pri uplatňovaní práv z Bankovej záruky, nakoľko kontrolovaný uvádza, že vyhodnotil, že mu vzniklo právo na uplatnenie práv z Bankovej záruky, avšak ním uvádzané argumenty nemajú oporu v skutkovom stave. Navrhovateľ týmto podáva proti záverom kontrolovaného, podľa ktorého mu vzniklo právo na uplatnenie práv z Bankovej záruky a právo na plnenie z Bankovej záruky, ktoré si uplatnil úkonom Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky, tieto námietky, ktoré sú

námietkami v zmysle § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. námietkami proti inému úkonu, ktorým kontrolovaný uplatnil práva z Bankovej záruky úkonom Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky.

18. Navrhovateľ v nadväznosti na vyššie uvedené skutočnosti uvádza, že v súlade s ust. § 46 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje od uchádzačom zábezpeku, jej výšku uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v súťažných podkladoch určí podmienky jej zloženia a podmienky jej uvoľnenia alebo vrátenia. Podmienky zloženia zábezpeky treba určiť tak, aby si spôsob zloženia zábezpeky mohol vybrať uchádzač.

V súlade s ust. § 46 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa a obstarávateľa, ak uchádzač:

- a) odstúpi od svojej ponuky v lehote viazanosti ponúk alebo
- b) neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 8 až 12.

V súlade s bodom 16.1 súťažných podkladov kontrolovaný stanovil, že sa vyžaduje zábezpeka ponuky a je stanovená pre časť 2: vo výške 250 000,-EUR. V súlade s bodom 16.2.1 súťažných podkladov kontrolovaný stanovil, že zábezpeku možno poskytnúť: poskytnutím bankovej záruky za uchádzača.

19. Navrhovateľ uvádza, že má jednoznačne za to, že ako úspešný uchádzač poskytol kontrolovanému súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy. Navrhovateľ opakovane poukazuje na to, že z Oznámenia o neposkytnutí súčinnosti vyplýva svojvôľa verejného obstarávateľa pri vyhodnotení predložených dokladov, nakoľko verejný obstarávateľ uviedol, že vyhodnotil, že navrhovateľ neposkytol súčinnosť, avšak ním uvádzané argumenty nemajú podľa navrhovateľa oporu v skutkovom stave. Na základe všetkých vyššie uvedených argumentov má navrhovateľ za to, že kontrolovaný nesprávne vyhodnotil skutkový stav, konal svojvoľne, nakoľko z vykonaných úkonov v žiadnom prípade nevyplýva, že by navrhovateľ neposkytol súčinnosť, resp. nechcel poskytnúť súčinnosť pri uzatvorení zmluvy. Z vyššie uvedeného podľa navrhovateľa vyplýva, že nenastali zákonné dôvody/predpoklady na uplatnenie postupu podľa ust. § 46 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, v súlade s ktorým zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa, ak uchádzač neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 8 až 12. Bezprecedentným nezákonným konaním zo strany kontrolovaného, obsahom ktorého je uplatnenie práv z Bankovej záruky dochádza podľa navrhovateľa k bezdôvodnému obohateniu kontrolovaného vo výške 250 000,- EUR na úkor navrhovateľa.

20. Z uvedeného dôvodu navrhovateľ požiadal úrad, aby v danom prípade využil ust. 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého úrad môže vydať predbežné opatrenie, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní. Navrhovateľ uvádza, že rozhodnutím o predbežnom opatrení môže úrad rozhodnúť,

že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému neuplynú, proti rozhodnutiu o predbežnom opatrení nemožno podať opravný prostriedok, vydanie predbežného opatrenia nemá vplyv na povinnosti kontrolovaného pri uplatnení revízných postupov podľa tohto zákona, úrad bezodkladne zverejní informáciu o vydaní predbežného opatrenia a informáciu o tom, že rozhodol, že lehoty podľa druhej vety neuplynú, v profile kontrolovaného.

21. Na záver navrhovateľ uvádza, že ak verejný obstarávateľ postupuje v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, takéto konanie kontrolovaného je spôsobilé obmedziť hospodársku súťaž. Zároveň by takéto konanie mohlo byť podľa navrhovateľa podozrivé z prípadného naplnenia znakov skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 ods. 1 Trestného zákona, podľa ktorého sa trestného činu machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe dopustí ten, kto v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou v úmysle spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe alebo dojedná niektorému súťažiteľovi alebo účastníkovi verejnej dražby prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby. V nadväznosti na posudzovanie výšky škody a v nadväznosti na trestnú sadzbu v danom prípade poukazuje navrhovateľ na rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „NS SR“) k analyzovanej problematike a jeho uznesenie sp. zn. ITost 21/2013 zo 6. novembra 2013, v ktorom NS SR stanovil, že, cit: „za škodu je možné považovať rozsah ujmy, resp. prospechu predstavujúci objem zisku iného subjektu. Pri ustálení výšky škody, resp. výšky prospechu v súvislosti s verejnom obstarávaním v zmysle ustanovenia § 266 ods. 1, ods. 2 písm. a/, ods. 3 písm. a/ Trestného zákona treba vychádzať zo skutočnej škody, ktorá predstavuje majetkovú hodnotu, o ktorú bol majetok iného zmenšený (v prípade prospechu zväčšený), resp. o zisk, na ktorý by iný subjekt mal podľa okolností a vzhľadom na svoje pomery nárok, alebo ktorý by mohol odôvodnene dosiahnuť.“ Pri ustálení výšky škody je teda podľa navrhovateľa potrebné tiež uviesť, že v predmetnom verejnom obstarávaní z dôvodu nezákonného postupu kontrolovaného hrozí navrhovateľovi, z dôvodu neuzavretia zmluvy a prepadnutia bankovej záruky, okrem ušlého zisku aj škoda predstavujúca nezákonné plnenie kontrolovanému z Bankovej záruky.
22. Navrhovateľ v rámci petitu námietok, ktoré sú predmetom tohto konania o preskúmaní úkonov kontrolovaného na základe námietok, navrhuje, cit.: „aby úrad rozhodol podľa § 175 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a rozhodnutím nariadil kontrolovanému odstrániť protiprávny stav, nariadil zrušiť úkon verejného obstarávateľa zo dňa 24. 11. 2020 Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky a výzva na zaplatenie, ktorým uplatnil kontrolovaný voči spoločnosti Tatra banka, a. s. práva z bankovej záruky a právo na zaplatenie zo záručnej listiny - Bankovej záruky č. 621.529 vystavenej dňa 20. 12. 2019 spoločnosťou Tatra banka, a. s. v znení Dodatku č. 1 k Bankovej záruke č. 621.529 zo dňa 30. 06. 2020 a v znení Dodatku č. 2 k Bankovej záruke č. 621.529 zo dňa 30. 09. 2020 a zaviazal kontrolovaného k úplnému späťvzatiu Oznámenia o uplatnení práv z bankovej záruky a výzvy na zaplatenie zo dňa 24. 11. 2020 voči spoločnosti Tatra banka, a. s., a to do 3 dní od nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia. Zároveň navrhovateľ žiada, aby úrad vydal predbežné opatrenie v zmysle § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného od doručenia predbežného opatrenia najdlhšie do nadobudnutia

právoplatnosti rozhodnutia podľa § 174 alebo § 175. Rovnako navrhovateľ žiada, aby rozhodnutím o predbežnom opatrení úrad rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný, a lehoty kontrolovanému neplynú.“

23. Úrad záverom konštatuje, že navrhovateľ dňa 04. 12. 2020 doručil úradu doplnenie námietok, kde navrhovateľ vo vzťahu k predmetnému konaniu o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok predložil Oznámenie o skutočnostiach nasvedčujúcich tomu, že konaním neznámeho páchatel'a mohlo dôjsť k spáchaniu trestného činu podanom na Úrade špeciálnej prokuratúry dňa 04. 12. 2020.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

24. Úrad v súvislosti so začatím konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa uvádza, že kontrolovaný v danej verejnej súťaži postupuje podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, tzv. reverznou verejnou súťažou, kedy sa vyhodnotenie splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní uskutočňuje po vyhodnotení ponúk podľa § 53 zákona o verejnom obstarávaní a ponuky sa nemusia predkladať podľa § 49 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. Na základe tejto skutočnosti nebolo v danom prípade možné doručiť úradu všetky informácie podľa § 166 tohto zákona, čo malo za následok, že úrad nemohol začať konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok v lehotách podľa ustanovenia § 171 ods. 3 písm. a) a b) zákona o verejnom obstarávaní. Z uvedeného dôvodu úrad konštatuje, že konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa sa začalo podľa § 171 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní dňom doručenia oznámenia o začatí konania navrhovateľovi a kontrolovanému ako účastníkom konania. Predmetné oznámenie o začatí konania bolo kontrolovanému i navrhovateľovi doručené dňa 18. 12. 2020. Na základe uvedeného úrad konštatuje, že **konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa sa začalo 18. 12. 2020**, t. j. v deň, kedy bolo navrhovateľovi i kontrolovanému, doručené oznámenie o začatí konania. Úrad uvádza, že kontrolovaný e-mailom dňa 17. 12. 2020 požiadal úrad, aby mu výzva na doručenie písomného vyjadrenia k námietkam navrhovateľa a na doručenie dokumentácie k predmetnej verejnej súťaži bola zaslaná až v januári resp. aby úrad poskytol dlhšiu lehotu na vyjadrenie a doručenie dokumentácie, a to z dôvodu, že zamestnanci odboru verejného obstarávania sú v karanténe v súvislosti s ochorením COVID 19, na základe čoho kontrolovaný nie je schopný zabezpečiť požadovanú súčinnosť. Úrad uvedenej žiadosti vyhovel a e-mailom zo dňa 18. 12. 2020 informoval kontrolovaného, že výzva na doručenie písomného vyjadrenia k námietkam navrhovateľa a kompletnej dokumentácie bude zaslaná až v januári roku 2021. Nakoľko doručenie námietok a začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného nemá odkladný účinok, úrad dňa 21. 12. 2020 vydal v súlade s § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 16648-6000/2020-OD-PO, ktorým pozastavil konanie kontrolovaného a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému v predmetnom verejnom obstarávaní neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní.

25. V súlade s § 173 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní úrad vyzval kontrolovaného listom č. 16648-6000/2020-OD-V zo dňa 08. 01. 2021 na doručenie kompletnej dokumentácie v origináli a písomného vyjadrenia k podaným námietkam. Kontrolovaný dňa 20. 01. 2021 doručil úradu k predmetnej verejnej súťaži dokumentáciu v listinnej forme. Kontrolovaný doručil dňa 27. 01. 2021 písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam navrhovateľa. Ďalej úrad dodáva, že nakoľko bola vyššie uvedená verejná súťaž už predmetom predchádzajúceho konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného, prístup do elektronického prostriedku, ktorým sa realizuje verejná súťaž, a to informačného systému EVO nebolo potrebné opätovne zriaďovať, keďže úrad stále disponuje prístupom do elektronickej dokumentácie k predmetnej verejnej súťaži. Úrad uvádza, že dorúčením dokumentácie v listinnej forme dňa 20. 01. 2021 sa dokumentácia stala kompletnou. Úrad záverom uvádza, že navrhovateľ požiadal dňa 05. 01. 2021 o nahliadnutie do spisu, na základe čoho úrad vyhovel uvedenej žiadosti a dňa 14. 01. 2021 sa uskutočnilo nahliadnutie do spisu.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam

26. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam doručenom úradu dňa 27. 01. 2021, v časti I. uvádza, že navrhovateľ okrem námietok proti uplatneniu práv z bankovej záruky, ku ktorým kontrolovaný predkladá toto vyjadrenie, doručil úradu aj námietky proti rozhodnutiu o neposkytnutí súčinnosti pri uzatvorení zmluvy o dielo (konanie vedené úradom pod číslom 16470-6000/2020-OD-V). Vzhľadom na to, že námietky, ku ktorým kontrolovaný predkladá toto vyjadrenie, obsahujú podľa kontrolovaného len argumenty súvisiace s preukázaním poskytnutia súčinnosti na uzavretie zmluvy, kontrolovaný v úvodnej časti svojho vyjadrenia (I.) predkladá vyjadrenie k neposkytnutiu tejto súčinnosti. Navrhovateľovi bola dňa 30. 07. 2020 prostredníctvom informačného systému IS EVO prevádzkovaného úradom (ďalej len „IS EVO“) odoslaná informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk zákazky. Na základe kontroly podľa § 169 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní bolo kontrolovanému dňa 25. 09. 2020 doručené rozhodnutie úradu číslo 12557-6000/2020-OD/2, ktorým úrad zastavil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, keďže nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

27. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam doručenom úradu dňa 27. 01. 2021, v časti I. uvádza, že navrhovateľ okrem námietok proti uplatneniu práv z bankovej záruky, ku ktorým kontrolovaný predkladá toto vyjadrenie, doručil úradu aj námietky proti rozhodnutiu o neposkytnutí súčinnosti pri uzatvorení zmluvy o dielo (konanie vedené úradom pod číslom 16470-6000/2020-OD-V). Vzhľadom na to, že námietky, ku ktorým kontrolovaný predkladá toto vyjadrenie, obsahujú podľa kontrolovaného len argumenty súvisiace s preukázaním poskytnutia súčinnosti na uzavretie zmluvy, kontrolovaný v úvodnej časti svojho vyjadrenia (I.) predkladá vyjadrenie k neposkytnutiu tejto súčinnosti. Navrhovateľovi bola dňa 30. 07. 2020 prostredníctvom informačného systému IS EVO prevádzkovaného úradom (ďalej len „IS EVO“) odoslaná informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk zákazky. Na základe kontroly podľa § 169 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní bolo kontrolovanému dňa 25. 09. 2020 doručené rozhodnutie úradu číslo 12557-6000/2020-OD/2, ktorým úrad zastavil konanie

o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy, keďže nezistil porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania. Kontrolovaný ďalej uvádza, že následne vyzval navrhovateľa listom doručeným prostredníctvom informačného systému EVO dňa 06. 11. 2020 na uzatvorenie zmluvy a poskytnutie súčinnosti potrebnej pre uzatvorenie zmluvy o dielo, t. j. na doručenie:

- a) podpísaného návrhu Zmluvy o dielo, ktorý bude výsledkom tohto verejného obstarávania v šiestich vyhotoveniach (nepodpísaný návrh Zmluvy o dielo bol navrhovateľovi dňa 06. 11. 2020 v šiestich vyhotoveniach doručený poštou),
- b) údajov o všetkých známych subdodávateľoch minimálne v rozsahu obchodné meno, sídlo resp. miesto podnikania a IČO, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia (bude tvoriť prílohu Zmluvy o dielo) v šiestich vyhotoveniach,
- c) originálu alebo úradne overenej fotokópie zmluvy uzatvorenej medzi navrhovateľom a osobou, ktorej kapacity použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať dielo v rozsahu, v ktorom navrhovateľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedná za plnenie tejto Zmluvy o dielo spoločne so zhotoviteľom (navrhovateľ) (bude tvoriť prílohu Zmluvy o dielo) v šiestich vyhotoveniach,
- d) originálu návrhu na plnenie kritérií s celkovou cenou diela po aukcii (8.479.000,00 EUR bez DPH) podpísaného oprávnenými osobami v šiestich vyhotoveniach (bude tvoriť prílohu Zmluvy o dielo),
- e) originálu alebo úradne overenej fotokópie zmluvy, v ktorej sú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti obidvoch členov skupiny dodávateľov, kto sa ako časťou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov voči kontrolovanému (objednávateľovi) spoločne a nerozdielne,
- f) originálu alebo úradne osvedčenej fotokópie poisťných zmlúv, na základe ktorých má navrhovateľ uzatvorené poistenie v rozsahu podľa bodu 24.2 Zmluvy o dielo, t. j. pre miesto poistenia určené projektovou dokumentáciou uzatvorené
 - stavebno-montážne poistenie diela (vrátane staveniska) tzv. CAR/EAR/ poistenie minimálne v rozsahu:
 - i. poistenia diela vrátane všetkých jeho častí a okolitého majetku, ktoré sú vo vlastníctve, v starostlivosti, opatrovaní alebo pod kontrolou objednávateľa alebo zhotoviteľa (najmä na krytie škôd spôsobených poškodením, zničením, odcudzením, stratou častí diela) s poistnou sumou minimálne vo výške zodpovedajúcej cene diela podľa Zmluvy o dielo, pričom ako poistený a spolupoistený budú uvedení zhotoviteľ (nakoľko zhotoviteľom je skupina dodávateľov, poistnou musí byť spoločnosť XY a XZ), objednávateľ a všetci subdodávatelia participujúci na diele,
 - ii. poistenia zodpovednosti za škodu spôsobenú v súvislosti so stavebno-montážnymi prácami vykonávanými zhotoviteľom, vrátane subdodávateľov, na majetku objednávateľa a tretích osôb s poistnou sumou minimálne vo výške 10 % z Ceny diela v EUR,
 - iii. poistenia zodpovednosti za environmentálne škody s poistnou sumou minimálne vo výške 3 % z Ceny diela v EUR.

V tejto súvislosti kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ v lehote stanovenej vo výzve na uzavretie zmluvy kontrolovanému doručil:

- podpísaný návrh Zmluvy o dielo v šiestich vyhotoveniach
- údaje o všetkých známych subdodávateľoch v šiestich vyhotoveniach,
- úradne overenú fotokópiu Zmluvy s tretou osobou v šiestich vyhotoveniach,
- originál návrhu na plnenie kritérií s celkovou cenou diela po aukcii (8.479.000,00 EUR bez DPH) podpísaný oprávnenými osobami v šiestich vyhotoveniach,
- úradne overenú fotokópiu Zmluvy o združení,
- úradne overenú fotokópiu plnej moci zo dňa 17. 01. 2019,
- originál poistného certifikátu.

Kontrolovaný v nadväznosti na to uvádza, že po oboznámení sa s predloženými dokladmi zistil nasledovné:

- Zmluva s tretou osobou uzatvorená medzi spoločnosťou XY a spoločnosťou CC (ďalej len „Spoločnosť CC“) neobsahuje záväzok Spoločnosti CC skutočne vykonať dielo v rozsahu, v ktorom navrhovateľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti ani záväzok zodpovedať za plnenie Zmluvy o dielo spoločne s navrhovateľom a
- Zmluva o združení uzatvorená medzi vedúcim členom združenia (XY) a členom združenia (XZ) neobsahuje informáciu, kto sa ako časťou bude podieľať na plnení zákazky.

28. Na základe uvedeného kontrolovaný ďalej konštatuje, že prostredníctvom informačného systému EVO doručil navrhovateľovi dňa 25. 11. 2020 oznámenie o tom, že neposkytol súčinnosť potrebnú pre uzatvorenie zmluvy, v ktorom dostatočne určito uviedol, v čom navrhovateľ požadovanú súčinnosť neposkytol. Kontrolovaný preto uvádza, že napriek zrozumiteľnému zdôvodneniu neposkytnutia súčinnosti je navrhovateľ naďalej presvedčený o tom, že v ním predložených dokladoch sa nachádzajú všetky požiadavky kontrolovaného uvedené tak v súťažných podkladoch ako aj vo výzve na uzavretie zmluvy. Navrhovateľ však podľa vyjadrenia kontrolovaného v celých 12 stranových námietkach neuviedol, kde je napríklad v Zmluve s tretou osobou uvedená spoločná zodpovednosť Spoločnosti CC za plnenie Zmluvy o dielo. Pre úspech navrhovateľa v konaní o námietkach v tejto časti by pritom podľa názoru kontrolovaného stačilo odkázať na ustanovenie Zmluvy s tretou osobou, v ktorom je zodpovednosť Spoločnosti CC uvedená a akákoľvek argumentácia kontrolovaného by bola bezpredmetná. Navrhovateľ však takýto argument podľa vyjadrenia kontrolovaného nepoužil a použiť ani nemohol, keďže v ním predloženej Zmluve s tretou osobou sa podľa názoru kontrolovaného žiadna spoločná zodpovednosť nenachádza a navrhovateľ sa pokúša svoju chybu napraviť tým, že poukazuje na iné verejné obstarávania kontrolovaného resp. obviňuje kontrolovaného, že jeho argumenty uvedené v Oznámení o neposkytnutí súčinnosti nemajú oporu v skutkovom stave. Kontrolovaný ďalej uvádza, že navrhovateľ v celých námietkach prezentuje názor, že poskytol všetku požadovanú súčinnosť tak, aby Zmluva o dielo mohla byť uzatvorená, žiadnym zdôvodnením (dôkazom) uvedeným v námietkach však podľa kontrolovaného nedokáže preukázať, že ním predložené doklady obsahujú aj to, čo mu

kontrolovaný vytkol v Oznámení o neposkytnutí súčinnosti a čo bolo uvedené tak v súťažných podkladoch ako aj vo výzve na uzavretie zmluvy.

V súvislosti s uzatvorením Zmluvy s treťou osobou kontrolovaný uvádza, že podľa bodu 25.18.4 návrhu Zmluvy o dielo, ktorá je prílohou súťažných podkladov, kontrolovaný uzatvorí s úspešným uchádzačom Zmluvu o dielo, ktorej prílohou je, cit: „zmluva uzatvorená medzi Zhotoviteľom a osobou, ktorej kapacity Zhotoviteľ použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať Dielo v rozsahu, v ktorom Zhotoviteľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto Zmluvy spoločne so Zhotoviteľom (pozn. bude aplikované a upravené len v prípade, ak Zhotoviteľ preukázal v Súťažných podkladoch stanovenú technickú alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby)“. Kontrolovaný preto uvádza, že v tomto štádiu procesu verejného obstarávania nepripúšťa a ani nemôže pripustiť predloženie zmluvy o budúcej zmluvy, na základe ktorej niekedy v budúcnosti môže, ale vôbec nemusí byť uzatvorená riadna zmluva. Kontrolovaný ďalej konštatuje, že si je vedomý ustálenej rozhodovacej praxe úradu, v zmysle ktorej je pri vyhodnocovaní splnenia podmienok účasti povinný akceptovať aj zmluvy o budúcich zmluvách. V tomto prípade však podľa názoru kontrolovaného ide o absolútne odlišnú situáciu – kontrolovaný s úspešným uchádzačom uzatvorí Zmluvu o dielo, záväznú pre obidve zmluvné strany a jej prílohou musí byť riadna zmluva. V opačnom prípade by sa podľa kontrolovaného mohlo stať, že by Spoločnosť CC nikdy nezodpovedala za plnenie Zmluvy o dielo a rovnako by sa nikdy reálne nepodieľala na zhotovení diela. Pokiaľ je navrhovateľ v súlade s § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní povinný poskytnúť súčinnosť tak, aby mohla byť Zmluva o dielo uzatvorená v stanovenej lehote, jej prílohou musia byť podľa kontrolovaného dokumenty, ktoré sú v nej uvedené. Kontrolovaný preto uvádza, že v tomto prípade riadna Zmluva o dielo predložená nebola.

V prípade Zmluvy o združení kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ argumentuje § 829-841 Občianskeho zákonníka. Kontrolovaný následne cituje vyjadrenie navrhovateľa v námietkach, cit: „V prípade, ak nie sú určené podiely členov združenia v zmluve o združení, v súlade s ust. § 835 Občianskeho zákonníka sa má za to, že podiely účastníkov združenia sú rovnaké ...“ a uvádza, že v tejto súvislosti dovoľuje uviesť presnú citáciu § 835 ods. 1 Občianskeho zákonníka, v zmysle ktorého, cit: „Podiely na majetku získanom spoločnou činnosťou sú rovnaké, ak zmluva neurčuje inak.“ Na základe uvedeného kontrolovaný konštatuje, že v § 835 Občianskeho zákonníka (ani v inom jeho ustanovení týkajúcom sa zmluvy o združení) tak nie je uvedený podiel účastníkov združenia na samotnom združení, ako tvrdí navrhovateľ, ale len podiel na majetku získanom združením, čo je podstatný rozdiel. Z uvedeného je tak podľa kontrolovaného zrejmé, že navrhovateľ v predložených námietkach zavádza a okrem toho, že sa podľa kontrolovaného snaží prispôsobiť si znenie súťažných podkladov a výzvy na uzavretie zmluvy svojim potrebám, účelovo si prispôsobuje aj znenie Občianskeho zákonníka tak, aby ním podané námietky pôsobili pravdivo a dôveryhodne.

29. Kontrolovaný v tejto súvislosti zdôrazňuje vo svojom vyjadrení k námietkam, že pokiaľ by aj bolo v Občianskom zákonníku uvedené, že ak zmluva o združení neurčuje inak, podiely účastníkov združenia na združení sú rovnaké, kontrolovaný v zmysle bodu 31.3.2 súťažných podkladov túto informáciu vôbec nepožadoval. Kontrolovaný ďalej uvádza, že v prípade skupiny dodávateľov požadoval predloženie zmluvy, v ktorej bude uvedená informácia o tom, „kto sa akou časťou bude podieľať na plnení zákazky“ (na vykonaní diela). Kontrolovaný nemá záujem o informácie, z ktorých by mal vedieť o podieloch na majetku resp. o spôsobe vnútorného fungovania združenia, ktorými navrhovateľ argumentuje v námietkach. Kontrolovaný však potrebuje mať informácie o tom, ktorý člen združenia sa bude podieľať na akej časti zákazky. Navrhovateľ podľa vyjadrenia kontrolovaného mohol uviesť napríklad percentuálne vyjadrenie členov združenia na vykonaní diela alebo uviesť, ktoré činnosti bude realizovať vedúci člen združenia a ktoré člen združenia. Keďže kontrolovaný podiel na plnení zákazky žiadnym spôsobom neobmedzil, navrhovateľ mohol podľa kontrolovaného uviesť akýkoľvek pomer, akékoľvek činnosti, ktoré by kontrolovaný nerozporoval. Navrhovateľ však podľa názoru kontrolovaného svojím prístupom k predloženým dokladom (ktoré zrejme považoval len za formalitu) sám spôsobil vzniknutú situáciu a teraz predkladá argumenty, ktoré sa nezakladajú na pravde.

V súvislosti so Zmluvou o združení sa kontrolovaný ďalej vyjadruje, že navrhovateľ poukazuje aj na článok V. Zmluvy o združení, v ktorom zmluvné strany vyhlasujú, že spĺňajú podmienky účasti a požiadavky na predmet zákazky, preberajú záruky za svojich subdodávateľov a zo vzniknutých záväzkov zodpovedajú voči kontrolovanému spoločne a nerozdielne. Ako uvádza kontrolovaný, z toho ustanovenia Zmluvy o združení podľa navrhovateľa vyplýva, že členovia združenia „sa zaviazali na vykonanie predmetu zákazky, t. j. diela podľa zmluvy o dielo, v rozsahu, v akom títo preukazovali podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, podmienky účasti týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a podmienky účasti týkajúce sa technickej a odbornej spôsobilosti“. Kontrolovaný s týmto tvrdením absolútne nesúhlasí a uvádza, že v článku V. Zmluvy o združení je uvedené vyhlásenie členov združenia, že spĺňajú podmienky účasti. Nie je v ňom podľa kontrolovaného uvedené, ani z neho žiadnym spôsobom nevyplýva, že by sa členovia združenia podieľali na vykonaní diela v rozsahu preukazovania podmienok účasti. Pokiaľ by však aj táto skutočnosť v Zmluve o združení uvedená bola (čo nie je), kontrolovaný poukazuje na to, že osobné postavenie preukázali obidvaja členovia združenia v rovnakom rozsahu, doklady preukazujúce splnenie ekonomického postavenia preukázali obidvaja členovia združenia (potvrdenie banky predložil tak vedúci člen združenia XY ako aj člen združenia XZ), technickú a odbornú spôsobilosť podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní (referencia) členovia združenia preukázali s využitím kapacity tretej osoby a technickú a odbornú spôsobilosť podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní (stavbyvedúci) preukázali členovia združenia zamestnancom vedúceho člena združenia. Kontrolovaný by tak z tejto argumentácie navrhovateľa mohol vyvodiť jedine to, že na dielo sa bude vedúci člen združenia podieľať v rozsahu činnosti stavbyvedúceho. Akým spôsobom sa však budú členovia združenia podieľať na plnení zákazky, t. j. na samotnom uskutočnení stavebných prác (zhotovení diela), by kontrolovaný podľa svojho vyjadrenia aj v prípade osvojenia tejto argumentácie, objektívne nedokázal stanoviť.

V súvislosti so Zmluvou o združení kontrolovaný poukazuje na samotnú ponuku navrhovateľa, v ktorej sa na 129 strane nachádza Čestné vyhlásenie o vytvorení skupiny dodávateľov zo dňa 21. 01. 2019, v ktorom sami členovia združenia vyhlásili, cit.: „v prípade, že naša spoločná ponuka bude úspešná a bude prijatá verejným obstarávateľom, sa zaväzujeme, že pred podpisom zmluvy s verejným obstarávateľom uzatvoríme a predložíme verejnému obstarávateľovi zmluvu, v ktorej budú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti, kto sa akou časťou bude podieľať na plnení predmetu zákazky ...“ Keďže toto vyhlásenie bolo zo strany vedúceho člena združenia uskutočnené (podpísané) dňa 21. 01. 2019, t. j. až po uzatvorení Zmluvy o združení, ktorá bola uzatvorená dňa 16. 01. 2019, samotný navrhovateľ si bol podľa názoru kontrolovaného v čase predloženia ponuky vedomý toho, že Zmluva o združení je pre účely poskytnutia súčinnosti nedostatočná. Prístup navrhovateľa sa tak kontrolovanému v čase vyhodnocovania dokladov predložených v rámci súčinnosti ako aj v čase doručenia námietok javil ako prekvapujúci (navrhovateľ podľa kontrolovaného v januári 2019 vedel, že členovia združenia musia pred uzatvorením Zmluvy o dielo s kontrolovaným uzatvoriť novú zmluvu o združení, avšak v novembri 2020 to už nevedel a tvrdil, že Zmluva o združení uzatvorená pred takmer dvomi rokmi je dostatočná).

Kontrolovaný ďalej poukazuje na to, že navrhovateľ v námietkach okrem iného tvrdí aj to, že návrh Zmluvy o dielo, ktorý tvorí prílohu súťažných podkladov je v podstate neurčitý z dôvodu (ne) rozlišovania zmluvy s malým a s veľkým „Z“ v bode 25.18 návrhu Zmluvy o dielo. Toto tvrdenie je podľa kontrolovaného opäť dôkazom účelovosti argumentácie navrhovateľa. V bode 25.18 je v súvislosti so Zmluvou o dielo uvedené, cit: „Súčasťou tejto Zmluvy sú nasledovné prílohy - zmluva uzatvorená medzi Zhotoviteľom a osobou, ktorej kapacity Zhotoviteľ použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať Dielo v rozsahu, v ktorom Zhotoviteľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto Zmluvy spoločne so Zhotoviteľom (pozn. bude aplikované a upravené len v prípade, ak Zhotoviteľ preukázal v Súťažných podkladoch stanovenú technickú alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby)“. V bode 2.1 návrhu Zmluvy o dielo, ktorý tvorí prílohu súťažných podkladov je táto Zmluva o dielo zadefinovaná ako Zmluva s veľkým „Z“. V celej zmluve sa tak podľa kontrolovaného každým pojmom Zmluva s veľkým „Z“ rozumie návrh zmluvy, ktorá tvorí súčasť súťažných podkladov. Výnimkou nie je podľa kontrolovaného ani bod 25.18 návrhu Zmluvy o dielo, v ktorom sa Zmluva s veľkým „Z“ nachádza dvakrát (vždy je pred ňou aj privlastňovacie zámeno (tejto)) a ktorá sa v oboch prípadoch týka návrhu Zmluvy o dielo, ktorý tvorí prílohu súťažných podkladov. Zmluva s malým „z“ je podľa kontrolovaného v návrhu Zmluvy o dielo, ktorý tvorí prílohu súťažných podkladov, použitá len raz a to na začiatku bodu 25.18.4, pričom za zmluvou s malým „z“ je uvedená jej definícia. Pokiaľ je navrhovateľ toho názoru, že tieto tri slová (dvakrát Zmluva s veľkým „Z“ a jeden krát zmluva s malým „z“) si navzájom odporujú a z tohto dôvodu sa bod 25.18 návrhu Zmluvy o dielo, ktorý tvorí prílohu súťažných podkladov, stáva neurčitým alebo rozporuplným, navrhovateľ mal podľa vyjadrenia kontrolovaného v čase do uplynutia lehoty na predkladanie ponúk plné právo podať žiadosť o nápravu. Kontrolovaný v tejto súvislosti uvádza, že by takúto žiadosť síce zamietol, keďže pri čítaní s porozumením je akákoľvek polemika o zmluve s malým

„z“ resp. Zmluve s veľkým „Z“ neopodstatnená, súčasne by však navrhovateľovi vysvetlil spôsob používania pojmov pri rozsiahlejších zmluvách tak, aby sa navrhovateľ v tomto prípade nedostával do omylu.

30. Kontrolovaný následne uvádza, že navrhovateľ v námietkach argumentuje aj povinnosťou kontrolovaného vyzvať navrhovateľa na vysvetlenie a prípadné doplnenie predložených dokladov. Kontrolovaný si však nie je vedomý žiadnej povinnosti v tomto rozsahu ani žiadnej lehoty, v ktorej by bol povinný predložené doklady vyhodnotiť a v prípade neuplynutia lehoty na poskytnutie súčinnosti požiadať navrhovateľa o vysvetlenie resp. doplnenie dokladov. Navrhovateľ si podľa kontrolovaného zrejme mylí vysvetľovanie dokladov predložených za účelom preukázania splnenia podmienok účasti, ktoré je možné nahradiť, s poskytnutím súčinnosti. V súlade s § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní je navrhovateľ povinný poskytnúť súčinnosť tak, aby zmluva mohla byť uzatvorená v stanovenej lehote. Kontrolovaný preto uvádza, že navrhovateľ pritom nie je a ani nebol oprávnený domáhať sa doručenia žiadosti o vysvetlenie a doplnenie dokladov. Keďže lehota na poskytnutie súčinnosti uplynula až 23. 11. 2020, navrhovateľ mohol podľa kontrolovaného z vlastnej iniciatívy až do tohto dňa doručovať ďalšie doklady. Kontrolovaný konštatuje, že vo výzve na uzavretie zmluvy jednoznačne uviedol, ktoré doklady požaduje predložiť a čo v nich má byť uvedené. S rozsahom dokladov ako aj povinnosťou ich predloženia bol pritom navrhovateľ podľa kontrolovaného oboznámený už v čase predkladania ponúk, keďže rozsah predkladaných dokladov vyplýval zo samotných súťažných podkladov. Podľa vyjadrenia kontrolovaného nemôže byť preto na ujmu ďalšieho uchádzača v poradií alebo samotného kontrolovaného, aby kontrolovaný akceptoval akékoľvek predložené doklady a uzatvoril s navrhovateľom Zmluvu o dielo v rozpore so súťažnými podkladmi. Kontrolovaný tak podľa svojho názoru vyvinul maximálne možné úsilie pre to, aby s navrhovateľom mohol uzatvoriť Zmluvu o dielo, avšak je zodpovednosťou navrhovateľa, aby v rámci súčinnosti predložil všetky doklady tak, ako mu kontrolovaný uviedol vo výzve na uzavretie zmluvy a aby kontrolovaný objektívne mohol na základe doručených dokladov uzatvoriť s navrhovateľom Zmluvu o dielo.
31. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam v časti II. uvádza, že predložené námietky smerujú proti rozhodnutiu o uplatnení práv z Bankovej záruky navrhovateľa. Okrem toho, že navrhovateľ doručené námietky odôvodňuje tým, že v stanovenej lehote poskytol požadovanú súčinnosť a kontrolovaný tak nemal nárok na uplatnenie práv z Bankovej záruky, navrhovateľ podľa kontrolovaného neuviedol žiadny iný dôvod pre podanie týchto námietok. Všetky argumenty uvedené v týchto námietkach sú podľa vyjadrenia kontrolovaného súčasne uvedené v námietkach, ktoré sú predmetom konania číslo 16470-6000/2020-OD, v ktorých bude úrad rozhodovať o neposkytnutí súčinnosti navrhovateľa. Až na základe rozhodnutia v konaní o neposkytnutí súčinnosti bude podľa kontrolovaného zrejmé, či kontrolovaný mal alebo nemal právo a povinnosť uplatniť si práva z Bankovej záruky.

Nad rámec skutočností uvedených v námietkach, kontrolovaný uvádza, že v súlade s § 46 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa (kontrolovaného), ak uchádzač neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 8 až 12 zákona o verejnom obstarávaní. K tomu

kontrolovaný uvádza, že podľa § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní pritom platí „...úspešný uchádzač alebo uchádzači sú povinní poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody tak, aby mohli byť uzavreté do ...“. Z uvedeného je podľa kontrolovaného zrejmé, že za poskytnutie súčinnosti je potrebné považovať všetko, čo je potrebné pre uzavretie zmluvy o dielo v stanovenej lehote. Pokiaľ navrhovateľ podľa kontrolovaného napríklad doručil na podpis zmluvu o dielo s chýbajúcou prílohou (zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o dielo, ktorá je zviazaná s podpísaným návrhom zmluvy je neakceptovateľná), zmluvu o dielo nie je možné uzatvoriť v stanovenej lehote a z toho dôvodu je nevyhnutné skonštatovať, že navrhovateľ neposkytol riadnu súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy o dielo.

Kontrolovaný si súčasne dovoľuje poukázať na to, že ustanovenie § 46 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je kogentné a preto nenecháva kontrolovanému možnosť rozhodnúť sa, či si právo z Bankovej záruky uplatní alebo nie. V predmetnom ustanovení zákona o verejnom obstarávaní je totiž uvedené, že zábezpeka prepadne, nie že môže prepadnúť. Keďže zábezpeka neposkytnutím súčinnosti automaticky zo zákona o verejnom obstarávaní prepadla, kontrolovaný poslal Banke Oznámenie o uplatnení práv z Bankovej záruky.

Kontrolovaný tiež uvádza, že nakoľko navrhovateľ v súvislosti s Bankovou zárukou podal na Okresný súd Žiar nad Hronom návrh na nariadenie neodkladného opatrenia nenakladať s právami vyplývajúcimi z Bankovej záruky, kontrolovaný spolu s Oznámením o uplatnení práv z Bankovej záruky doručil Tatra banke, a.s. aj Oznámenie k výzve na zaplatenie z bankovej záruky, v ktorom Tatra banke, a.s. oznámil, že si naďalej uplatňuje práva z Bankovej záruky, ale žiada Tatra banku, a.s., aby sumu vo výške 250.000 EUR na rozdiel od podmienok uvedených v Bankovej záruke poukázala na účet kontrolovaného až po nadobudnutí právoplatnosti Okresného súdu Žiar nad Hronom o neodkladnom opatrení. Skutočnosť, že Tatra banka, a.s. toto oznámenie nerešpektovala a finančné prostriedky poukázala na účet kontrolovaného už dňa 08. 12. 2020, kontrolovaný nevedel ovplyvniť. Rozhodnutie súdu o podanom návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia, predložil v prílohe svojho vyjadrenia k námietkam.²

² Úrad konštatuje, že ide o Uznesenie Okresného súdu Žiar nad Hronom, sp. zn. 9Cb/13/2020-139 zo dňa 09.12.2020, v ktorom súd zamietol návrh na nariadenie neodkladného opatrenia žalobcu XY. Žalovaným bol SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047. Úrad uvádza, že v bode 15 tohto uznesenia sa o. i. uvádza nasledovné, cit.: „Na to, aby okresný súd mohol vydať neodkladné opatrenie v súlade s návrhom žalobcu je potrebné posúdiť, či žalobca poskytol súčinnosť potrebnú pri uzatváraní zmluvy alebo či došlo k porušeniu Súťažných podkladov resp. priamo zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších právnych predpisov. Žalobca mal za týmto účelom využiť inštitút revízných postupov, ktoré mu vyplývajú nielen zo Súťažných podkladov (bod. 32) ale aj priamo zo zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších právnych predpisov. Okresný súd tak k dnešnému dňu nemá preukázanú tú skutočnosť, že žalovaný by pri uplatnení si práv z Bankovej záruky č. 621.529 konal v rozpore so zákonom, ako to tvrdí žalobca vo svojom návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia.“

Kontrolovaný ďalej podľa svojho vyjadrenia zvažoval aj možnosť, že práva z Bankovej záruky si uplatní až po uplynutí lehoty na podanie námietok resp. po právoplatnom rozhodnutí úradu o námietkach (ak by boli podané), ale nakoľko lehota viazanosti ponúk a s tým spojená platnosť Bankovej záruky mala uplynúť 31. 12. 2020, kontrolovaný sa rozhodol pre jej uplatnenie v tomto období. V opačnom prípade by sa kontrolovaný podľa svojho názoru vystavil riziku, že navrhovateľ, keďže už vedel, že neposkytol súčinnosť potrebnú k uzatvoreniu zmluvy o dielo, by Bankovú záruku nepredĺžil a štatutárny orgán kontrolovaného by spôsobil kontrolovanému škodu vo výške 250.000 EUR, čím by sa vystavil riziku porušenia povinnosti pri správe cudzieho majetku, nehovoriac o zvýhodnení navrhovateľa v porovnaní s ostatnými uchádzačmi.

Napriek tomu, že navrhovateľ sa s postupom kontrolovaného nestotožňuje, kontrolovaný je naďalej toho názoru, že k uplatneniu práv z Bankovej záruky pristúpil v záujme zachovania transparentnosti verejného obstarávania a rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi. Za týmto účelom predĺžil lehodu viazanosti ponúk a požiadal uchádzačov, aby mu doručili potvrdenie o predĺžení platnosti predložených bankových záruk. Ak by kontrolovaný k tomuto kroku nepristúpil, mohlo by sa podľa jeho vyjadrenia stať, že v prípade neposkytnutia súčinnosti druhým uchádzačom v poradí, by kontrolovaný nemal priestor pre uplatnenie práv z Bankovej záruky, na základe čoho by zvýhodnil uchádzača, ktorý sa umiestnil na druhom mieste v poradí, ktorému by zábezpeka neprepadla pred navrhovateľom, ktorému zábezpeka prepadla.

32. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam v časti III. uvádza, že navrhovateľ v závere doručených námietok uvádza, že vyhodnotením doručených dokladov a rozhodnutím o neposkytnutí súčinnosti mohlo dôjsť k spáchaniu trestného činu machinácie vo verejnom obstarávaní. Kontrolovaný uvádza, že vzhľadom na podané „Oznámenie o skutočnostiach nasvedčujúcich tomu, že konaním neznámeho páchatel'a mohlo dôjsť k spáchaniu trestného činu“ sa nebude k tomuto nezmyselnému podaniu rozsiahlo vyjadrovať, avšak nemôže nereagovať na to, že navrhovateľ podsúva úradu informácie o tom, že by kontrolovaný alebo jeho zamestnanci konali v úmysle spôsobiť navrhovateľovi škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech a za tým účelom konali v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní prípadne dojednali inému uchádzačovi prednosť alebo výhodnejšie postavenie. Takéto tvrdenie sa podľa kontrolovaného nezakladá na absolútne žiadnom racionálnom dôvode a z toho dôvodu je neakceptovateľné. Kontrolovaný ani žiadny zo zamestnancov, ktorí vyhodnocovali doklady predložené v rámci súčinnosti a na základe vyhodnotenia ktorých štatutárny orgán kontrolovaného rozhodol o neposkytnutí súčinnosti navrhovateľom, nekonali v úmysle spôsobiť navrhovateľovi škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech a je vylúčené, že by za tým účelom konali v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, prípadne dojednali inému uchádzačovi prednosť alebo výhodnejšie postavenie. Kontrolovaný uvádza, že rešpektuje právo navrhovateľa obrátiť sa s akýmkoľvek podozrením na orgány činné v trestnom konaní, je však súčasne presvedčený o tom, že už v prípravnom konaní sa preukáže, že k žiadnemu trestnému činu nedošlo a podozrenia navrhovateľa sú len jeho subjektívnymi názormi a nepodloženými tvrdeniami.

33. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k námietkam v časti IV. uvádza, že nakoľko predložené námietky smerujú proti rozhodnutiu o uplatnení práv z Bankovej záruky, ktorá už medzičasom

bola poukázaná na bankový účet kontrolovaného, kontrolovaný žiada úrad, aby toto konanie v súlade s § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní zastavil, keďže odpadol dôvod tohto konania. Pokiaľ by úrad vyhovel podaným námietkam a nariadil kontrolovanému navrhovateľom požadované zrušenie úkonu uplatnenia práva z Bankovej záruky a späťvzatie oznámenia o uplatnení práv z Bankovej záruky voči Tatra banke, a. s., takéto rozhodnutie by bolo vo svojom dôsledku podľa názoru kontrolovaného neúčelné. Ak by totiž kontrolovaný doručil Tatra banke, a. s. späťvzatie uplatnenia práv z Bankovej záruky, Tatra banka, a. s. by podľa kontrolovaného takéto späťvzatie mohla nanajvýš zobrať na vedomie, keďže Banková záruka už jej vyplatením zanikla. Žiadne procesné rozhodnutie v tomto konaní by podľa názoru kontrolovaného nemohlo zmeniť tú skutočnosť, že zábezpeka je a naďalej by bola zložená na bankovom účte kontrolovaného. Pre vrátenie zábezpeky je podľa názoru kontrolovaného rozhodujúce výlučne posúdenie správnosti postupu kontrolovaného vo vzťahu k rozhodnutiu o neposkytnutí súčinnosti, ktoré je predmetom iného konania na úrade (16470-6000/2020-OD). Pokiaľ úrad v tomto konaní (otázka neposkytnutia súčinnosti) rozhodne, že navrhovateľ požadovanú súčinnosť poskytol, automaticky podľa kontrolovaného odpadne dôvod pre prepadnutie zábezpeky a kontrolovaný ju bude povinný vrátiť navrhovateľovi resp. Tatra banke, a. s.. Pokiaľ úrad nerozhodne o zastavení konania podľa § 174 ods. 1 písm. p) zákona o verejnom obstarávaní, kontrolovaný s ohľadom na účelovosť a neopodstatnenosť doručených námietok žiada úrad, aby podané námietky v súlade s § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní zamietol, keďže konaním kontrolovaného nedošlo k porušeniu zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by malo alebo by mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Zistenia úradu

34. Kontrolovaný vyhlásil v Úradnom vestníku Európskej únie pod č. 2018/S 231-526926 dňa 30. 11. 2018 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 dňa 03. 12. 2018 pod zn. 17268 - MSP verejnú súťaž na predmet nadlimitnej zákazky „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 22 845 245,64 EUR bez DPH, ide o nadlimitnú zákazku na uskutočnenie stavebných prác. Zákazka sa delí na časti. 1. časť „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť“, 2. časť „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa“ a je financovaná z fondov Európskej únie, konkrétne z operačného programu Kvalita životného prostredia. V zákazke sa prostredníctvom informačného systému EVO uskutočnila elektronická aukcia. Úrad uvádza, že v lehote na predkladanie ponúk, ktorá uplynula dňa 07. 01. 2019 o 09:00 hod. resp. na základe korigenda označeného ako 4161 – IOX zverejneného vo Vestníku verejného obstarávania č. 33/2019 dňa 15. 02. 2019 uplynula lehota na predkladanie ponúk dňa 27. 02. 2019 o 09:00 hod. predložilo ponuku 9 uchádzačov. Navrhovateľ predložil ponuku dňa 27. 02. 2019 o 08:27 hod. Kontrolovaný dňa 30. 07. 2020 doručil navrhovateľovi Oznámenie – Informáciu o výsledku vyhodnotenia ponúk, kde kontrolovaný skonštatoval, že sa navrhovateľ pre časť 2 stáva úspešným uchádzačom. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 06. 11. 2020 Výzvu na uzavretie zmluvy, pričom navrhovateľ kontrolovanému následne dňa 13. 11. 2020 predložil kontrolovaným požadované doklady. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi dňa 25.

11. 2020 Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti potrebnej k uzatvoreniu zmluvy a informoval navrhovateľa, že uzavrie zmluvu s uchádzačom, ktorý sa po vyhodnotení ponúk umiestnil na druhom mieste v poradí. Následne kontrolovaný dňa 27. 11. 2020 doručil navrhovateľovi kópiu Oznámenia o uplatnení práv z bankovej záruky a výzvy na zaplatenie (datované ku dňu 24. 11. 2020, originál doručený pre Tatra banka, a.s.) a kópiu Oznámenia k výzve na zaplatenie z bankovej záruky (datované ku dňu 26. 11. 2020, originál doručený pre Tatra banka, a.s.). Navrhovateľ v reakcii na uvedené dňa 04. 12. 2020 listom doručeným úradu podal v listinnej podobe a zároveň dňa 04. 12. 2020 v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy námietky smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) vo veci neposkytnutia súčinnosti a naň nadväzujúceho úkonu, a to uplatnenia práva z bankovej záruky. Navrhovateľ doručil úradu doplnenie námietok v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy dňa 04. 12. 2020. Kontrolovanému boli doručené námietky navrhovateľa dňa 04. 12. 2020 v listinnej podobe a zároveň dňa 04. 12. 2020 v elektronickej podobe prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy. Navrhovateľ doručil kontrolovanému doplnenie námietok v elektronickej prostredníctvom Ústredného portálu verejnej správy dňa 04. 12. 2020.

35. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania zverejnenom vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 dňa 03. 12. 2018 pod značkou 17268 – MSP v oddiele III „PRÁVNE, EKONOMICKÉ, FINANČNÉ A TECHNICKÉ INFORMÁCIE“ časť III.1) „PODMIENKY ÚČASTI“ bod III.1.3) „Technická a odborná spôsobilosť“ sa o. i. uvádza, cit.: „Zoznam a krátky opis kritérií výberu: 1) Vyžaduje sa splnenie podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.“

36. V oddiele A „Pokyny uchádzačov“ bod III. „Príprava ponuky“ bod 16 „Zábezpeka ponuky“ súťažných podkladov sa o. i. uvádza, cit.: „16.1 Zábezpeka ponuky sa vyžaduje. Zábezpeka je stanovená vo výške:

Pre časť 1: 225 000,- EUR (slovom dvestodvadsaťpäťtisíc EUR)

Pre časť 2: 250 000,- EUR (slovom dvestopäťdesiattisíc EUR)

16.2 Zábezpeku možno poskytnúť:

16.2.1 poskytnutím bankovej záruky za uchádzača alebo

16.2.2 zložením finančných prostriedkov uchádzačom na bankový účet verejného obstarávateľa.“

37. V oddiele A „Pokyny pre uchádzačov“ bod VII „Prijatie ponuky“ podbod 31 „Uzavretie zmluvy“ súťažných podkladov sa uvádza nasledovné, cit.: „

31.1 Zmluva s úspešným uchádzačom, ktorého ponuka bola prijatá, bude uzavretá najskôr šesťnásť (16.) deň odo dňa odoslania oznámenia o výsledku vyhodnotenia ponúk, ak nebola doručená žiadosť o nápravu, ak žiadosť o nápravu bola doručená po uplynutí lehoty podľa § 164 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní alebo ak neboli podane námietky podľa § 170 zákona o verejnom obstarávaní.

31.2 V ostatných prípadoch bude verejný obstarávateľ pri uzatváraní zmluvy postupovať podľa § 56 zákona o verejnom obstarávaní.

31.3 Úspešný uchádzač alebo uchádzači pred podpisom zmluvy, ktorá bude výsledkom tohto verejného obstarávania budú v lehote podľa § 56 ods. 8, 10 alebo 11 zákona o verejnom obstarávaní povinní predložiť:

31.3.1 údaje o všetkých známych subdodávateľoch minimálne v rozsahu obchodne meno, sídlo resp. miesto podnikania a IČO, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia v súlade s § 41 ods. 3 v spojení s § 41 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní,

31.3.2 v prípade skupiny dodávateľov originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy, v ktorej budú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti členov skupiny dodávateľov, kto sa ako časťou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov voči verejnému obstarávateľovi spoločne a nerozdielne (pozn. bude aplikované len v prípade, ak zmluva nebola v požadovanom rozsahu predložená už ako súčasť ponuky),

31.3.3 (v prípade, ak už skôr nepredložil vo svojej ponuke) za osobu, prostredníctvom ktorej preukázal splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní

31.3.3.1 osvedčenie o odbornej spôsobilosti na výkon činnosti stavbyvedúceho v odbore inžinierske stavby so zameraním na vodohospodárske stavby vydané Slovenskou komorou stavebných inžinierov v zmysle zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení platných právnych predpisov (ďalej len „SKSI“) v začlenení

31.3.3.1.1 20) Inžinierske stavby/kategória 23 vodohospodárske stavby (vydané do 31.12.2004), resp.

31.3.3.1.2 20) Inžinierske stavby (vydané od 1.1.2005 do 31.12.2008), resp.

31.3.3.1.3 od 1.1.2009 Osvedčenie pre činnosť stavbyvedúceho, pričom pre osvedčenie vydané po 1.1.2005 uchádzač predloží okrem osvedčenia pre činnosť stavbyvedúceho aj podrobnejšie členenie odborného zamerania s uvedením skúšky so začlenením vodohospodárske stavby (resp. doklad SKSI preukazujúci štatút hosťujúcej/usadenej osoby v Slovenskej republike pôsobiacej ako stavbyvedúci) oprávňujúce tuto osobu na výkon činnosti stavbyvedúceho na území Slovenskej republiky podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov, alebo

31.3.3.2 registračne osvedčenie preukazujúce štatút hosťujúcej/usadenej osoby pôsobiacej v Slovenskej republike ako stavbyvedúci v odbore inžinierske stavby so zameraním na vodohospodárske stavby a oprávňujúce tuto osobu na výkon činnosti stavbyvedúceho na území Slovenskej republiky vydané SKSI.

Riadenie vykonávania stavebných prác v Slovenskej republike je možné len stavbyvedúcim v zmysle § 46a Stavebného zákona. Podmienky oprávnenosti stavbyvedúceho v Slovenskej republike sú upravené zákonom č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch. Oprávnenosť osoby stavbyvedúceho spadajúcej pod vybrané činnosti vo výstavbe sú podmienkou oprávnenosti realizácie stavby v zmysle zákona platného v Slovenskej republike.

Oprávnenosť vybranej činnosti stavbyvedúceho vo výstavbe je definovaná autorizačným osvedčením vydaným Slovenskou komorou stavebných inžinierov v zmysle zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch, platného pre danú vybranú činnosť stavbyvedúceho vo výstavbe pre menovite definovanú stavbu s časovým obmedzením alebo s voľnou platnosťou v danej kategórii.

31.4 Ak úspešný uchádzač odmietne uzavrieť zmluvu alebo nesplní povinnosť poskytnúť verejnému obstarávateľovi riadnu súčinnosť, potrebnú na uzavretie zmluvy, verejný obstarávateľ bude postupovať v zmysle § 56 ods. 9 až 12 zákona o verejnom obstarávaní.“

38. V oddiele B „Podmienky účasti uchádzačov“ bod 1 „OSOBNÉ POSTAVENIE, EKONOMICKÉ, FINANČNÉ A TECHNICKÉ INFORMÁCIE“ podbod 1.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ súťažných podkladov sa o. i. uvádza, cit.: „Uchádzač preukáže splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti nasledovnými dokladmi (skenom originálu alebo úradne osvedčenej kópie):

Zoznam a krátky opis kritérií výberu: 1) Vyžaduje sa splnenie podmienok účasti technickej a odbornej spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní

Technickú alebo odbornú spôsobilosť uchádzač preukáže predložením zoznamu stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia stavebných prác (za rozhodné obdobie sa považuje obdobie posledných piatich predchádzajúcich rokov, ktoré sa rátať spätne odo dňa zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania). Za stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky sa považujú stavebné práce na stavbách, ktorými sa upravuje, mení alebo zriaďuje koryto vrátane terénnych úprav s tým spojených; stavby na ochranu pred povodňami, priehrady, vodné nádrže, rybníky, hate, hrádze, vodné elektrárne, stavby na využívanie hydroenergetického potenciálu vodného toku, stavby, ktoré sa zriaďujú na plavebné účely v korytách alebo v iných vodných útvaroch. Zoznam uskutočnených stavebných prác musí byť doplnený potvrdením o uspokojivom vykonaní týchto stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok. Ak odberateľom - bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa zákona, dokladom je referencia, - bola iná osoba ako verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa zákona, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak také potvrdenie uchádzač alebo záujemca nemá k dispozícii, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení, doplneným dokladom, preukazujúcim ich uskutočnenie alebo zmluvný vzťah, na základe ktorého boli uskutočnené (...) (...) Splnenie uvedeného uchádzač preukáže predložením referencie/referencií rovnakého alebo podobného charakteru, ako je tento predmet zákazky, pričom referencia/referencie majú byť kumulatívne s rozpočtovým nákladom minimálne 13 000 000,- EUR bez DPH za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania pre časť 2 predmetu zákazky (...)“

39. V dokumente „ZMLUVA O DIELO“ – príloha č. 6 súťažných podkladov bod XXV. „SPOLOČNÉ A ZÁVEREČNÉ USTANOVENIA“ bod 25.18 sa uvádza, cit.: „Súčasťou tejto Zmluvy sú nasledovné prílohy

25.18.1 Rozpočet pre vykonanie Diela,

25.18.2 Plán vykonania Diela

25.18.3 Zoznam Subdodávateľov Zhotoviteľa podľa bodu **Chyba! Nenašiel sa žiaden zdroj odkazov.** Zmluvy

25.18.4 zmluva uzatvorená medzi Zhotoviteľom a osobou, ktorej kapacity Zhotoviteľ použil na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať Dielo v rozsahu, v ktorom Zhotoviteľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto Zmluvy spoločne so Zhotoviteľom (pozn. bude aplikované a upravené len v prípade, ak Zhotoviteľ preukázal v Súťažných podkladoch stanovenú technickú alebo odbornú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby),

25.18.5 Návrh na plnenie kritérií predložený v Ponuke Zhotoviteľa.“

40. V dokumente „PLNÁ MOC PRE JEDNÉHO Z ČLENOV SKUPINY DODÁVATEĽOV, KONAJÚCEHO ZA SKUPINU DODÁVATEĽOV“ (predloženej už v rámci ponuky navrhovateľa dňa 27. 02. 2019 o 08:27 hod.) uzavretej dňa 17. 01. 2019 a predloženej navrhovateľom aj ako súčasť námietok sa o. i. uvádza, cit.: „Splnomocniteľ XZ (...) udeľuje plnomocenstvo splnomocnencovi XY (...) na konanie a podpisovanie v mene všetkých ostatných členov skupiny dodávateľov, prijímanie pokynov za všetkých ostatných členov skupiny dodávateľov, komunikáciu, predloženie ponuky, predloženie dokumentov a vykonávanie všetkých právnych úkonov v mene všetkých členov skupiny dodávateľov „XX“ vo verejnom obstarávaní na zadanie zákazky s názvom „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. Etapa“ týkajúcej sa časti 2 „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. Etapa“ vyhlásenej v Úradnom vestníku Európskej únie pod č. 2018/S 231-526926 dňa 30. 11. 2018 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 dňa 03. 12. 2018 pod zn. 17268 – MSP (ďalej aj ako „verejné obstarávanie“). Verejným obstarávateľom v tomto verejnom obstarávaní je Slovenský vodohospodársky podnik, štátny podnik, so sídlom Radničné námestie č. 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 (ďalej aj ako „verejný obstarávateľ“).

41. V dokumente „ZMLUVA O ZDRUŽENÍ č. 04/01/19“ (predloženej už v rámci ponuky navrhovateľa dňa 27. 02. 2019 o 08:27 hod.) uzatvorenej podľa § 829 - § 841 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov dňa 16. 01. 2019 medzi Vedúcim členom Združenia XY a členom Združenia XZ predloženej navrhovateľom aj ako súčasť námietok sa o. i. uvádza, cit.:

„(...) **II. NÁZOV A SÍDLO ZDRUŽENIA**

Združenie bude vykonávať činnosť pod názvom: „XX“ (ďalej aj ako „Združenie“) Sídlo Združenia: XY

III. ÚČEL ZDRUŽENIA

1. Členovia Združenia potvrdzujú svoj záujem a slobodnú vôľu založiť združenie podnikateľských subjektov, aby sa spoločne, na báze vzájomnej výhodnosti, pričínili o dosiahnutie účelu a cieľa Združenia.
2. Združenie je vytvorené za účelom účasti a úspešnosti vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. Etapa“ vyhlásenom Oznámením o vyhlásení verejného obstarávania zverejneným vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 dňa 03. 12. 2018, číslo 17268 - MSP a v Európskom vestníku pod číslom 2018/S 231-526926 zo dňa 30. 11. 2018 (ďalej aj ako „verejné obstarávanie“) a v prípade úspechu v tomto verejnom obstarávaní aj na realizáciu diela podľa Zmluvy o dielo uzatvorenej s verejným obstarávateľom (ďalej aj ako „Zmluva o dielo“). Verejným obstarávateľom je Slovenský vodohospodársky podnik, š. p., Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047, (ďalej aj ako „verejný obstarávateľ“).
3. Vedúci člen združenia spoločnosť XY bude zabezpečovať technické vedenie Združenia a ekonomicko-účtovné vedenie Združenia.

IV. ČINNOSTI ČLENOV ZDRUŽENIA

1. Vedúcim členom Združenia je spoločnosť XY. Na účel sledovaný touto zmluvou vedúci člen Združenia je splnomocnený ďalším členom Združenia:
 - zastupovať Združenie voči verejnému obstarávateľovi a je oprávnený konať s ním v ústnom i písomnom styku
 - podpísať a podať v mene členov Združenia verejnému obstarávateľovi spoločnú ponuku do súťaže
 - vykonať všetky nutné a potrebné úkony, ktoré súvisia s prípravou, spracovaním a podaním ponuky, vrátane potrebných podpisov;
 - k podaniu vysvetlení súvisiacich s ponukou verejnému obstarávateľovi;
 - k prijímaniu pokynov pre členov Združenia v mene všetkých členov Združenia;

OMISSIS

- vykonávanie revízných postupov;

OMISSIS

2. Na vykonávanie splnomocnenia podľa bodu I. tohto článku udeľuje týmto Člen Združenia spoločnosť XZ Vedúcemu členovi Združenia spoločnosti XY plnú moc, čo potvrdzuje podpisom tejto zmluvy.

OMISSIS

5. Vedúci člen Združenia zabezpečí splnenie podmienok účasti v súťaži týkajúcich sa technickej a odbornej spôsobilosti podľa ust. 34 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z .z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších právnych predpisov (ďalej aj ako „ZoVO“) a ust. § 34 ods. 1 písm. g) ZOVO.
6. Člen Združenia spoločnosť XZ zabezpečí zábezpeku ponuky podľa Čl. III. Zábezpeka ponuky, bod 16. Zábezpeka na súťažnú ponuku súťažných podkladov splnenie

podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúcich sa ekonomického a finančného postavenia podľa ust. 33 ods. 1 písm. a) ZOVO.

V. POVINNOSTI ČLENOV ZDRUŽENIA

1. Členovia Združenia vyhlasujú, že:

- spĺňajú podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia, podmienky účasti týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a podmienky účasti týkajúce sa technickej a spôsobilosti a požiadavky na predmet zákazky stanovené v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch, na ktorých zabezpečenie sa zaviazali v súlade s touto zmluvou a preberajú záruky za svojich subdodávateľov
- zo záväzkov vzniknutých v súvislosti s verejným obstarávaním, plnením predmetu verejného obstarávania a Zmluvy o dielo, či vzniknutých v dôsledku omeškania alebo iného porušenia zmluvných alebo zákonných povinností, sú voči verejnému obstarávateľovi zodpovední spoločne a nerozdielne.

OMISSIS

3. Členovia sa zaväzujú, že nevykonajú žiadne úkony, ktoré môžu mať negatívny dopad alebo môžu zmariť prijatie ponuky Združenia verejným obstarávateľom.
4. Vedúci člen Združenia zodpovedá za oddelené vedenie evidencie o prijatých a uskutočnených zdaniteľných plneniach Združenia podľa ustanovení zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších právnych predpisov.
5. Členovia Združenia sa zaväzujú nekonať v súťaži vo svojom mene bez súhlasu ďalších členov Združenia.
6. Vedúci člen Združenia je povinný uzavrieť stavebné montážne poistenie na zhotovovanú stavbu, a to najmä s ohľadom na požiadavky verejného obstarávateľa. Stavebné montážne poistenie stavby je nákladom Združenia.
7. Na spôsob a podmienky zhotovenia diela podľa článku III. tejto zmluvy sa bude vzťahovať Zmluva o dielo, ktorá bude uzavretá medzi verejným obstarávateľom a členmi Združenia. Zmluva o dielo bude v celom rozsahu záväzná pre všetkých účastníkov Združenia. Podmienky dohodnuté v tejto zmluve tým nie sú dotknuté. Pre vzťahy medzi účastníkmi sú vždy rozhodujúce ustanovenia tejto zmluvy.

OMISSIS

VII. ZÁVEREČNÉ USTANOVENIA

1. Zmeny a doplnky tejto zmluvy môžu byť urobené len písomne formou dodatkov.

OMISSIS

3. Táto zmluva bola uzatvorená slobodne a vážne, určite a zrozumiteľne, zmluvné strany si zmluvu riadne prečítali, s jej obsahom bez výhrad súhlasia a zaväzujú sa ju plniť.
4. Táto zmluva je vypracovaná v 3 vyhotoveniach, po jednom vyhotovení pre každého z členov Združenia a jedno vyhotovenie bude súčasťou spoločnej ponuky predloženej Združením.
5. Táto zmluva je uzatvorená podľa Občianskeho zákonníka a na všetky právne vzťahy vzniknuté na základe tejto zmluvy sa vzťahuje právny poriadok Slovenskej republiky.
6. Zmluva nadobúda platnosť a účinnosť dňom jej podpísania všetkými členmi.“

42. V dokumente „Informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk“ doručenej navrhovateľovi zo strany kontrolovaného prostredníctvom IS EVO dňa 30. 07. 2020 sa o. i. uvádza nasledovné, cit.: „Na základe vyhodnotenia ponúk Vám oznamujeme, že ste uspeli vo verejnom obstarávaní na predmet nadlimitnej zákazky „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“, časť č. 2: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa“, vyhlásenom verejným obstarávateľom v zmysle zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 zo dňa 03. 12. 2018 pod zn. 17268-MSP a Vašu ponuku predloženú v rámci časti 2 predmetu zákazky verejný obstarávateľ prijíma. Odôvodnenie: V zmysle súťažných podkladov bola kritériom na vyhodnotenie ponúk najnižšia cena za predmet obstarávania v EUR bez DPH (...) (...) Úspešným uchádzačom v predmetnom verejnom obstarávaní je uchádzač: XY (vedúci) + XZ.“

43. V dokumente „Informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk“ zverejnenej na profile kontrolovaného dňa 30. 07. 2020 sa o. i. uvádza nasledovné, cit.: „SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, ako verejný obstarávateľ podľa zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon“), realizuje verejné obstarávanie na predmet nadlimitnej zákazky „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“, časť č. 2: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa“, vyhlásenom verejným obstarávateľom vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 zo dňa 03.12.2018 pod zn. 17268-MSP. V súlade s ustanovením § 55 ods. 2 zákona predkladá verejný obstarávateľ v profile informáciu o výsledku vyhodnotenia ponúk a poradie uchádzačov zostavené podľa kritéria na vyhodnotenie ponúk – najnižšia cena za predmet obstarávania v EUR bez DPH (...) (...) Úspešným uchádzačom v predmetnom verejnom obstarávaní na časť 2 predmetu zákazky je uchádzač: XY (vedúci) + XZ.“

44. V dokumente „Výzva na uzavretie zmluvy“ zo dňa 03.11.2020, doručenej navrhovateľovi zo strany kontrolovaného prostredníctvom IS EVO dňa 06. 11. 2020 sa o. i. uvádza nasledovné, cit.: „Na základe oznámenia o prijatí Vašej ponuky doručeného Vám prostredníctvom informačného systému EVO dňa 30. 07. 2020 Vás verejný obstarávateľ s ohľadom na 56 ods. 8 zákona číslo 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len

„Zákon o VO“) a bod 31 súťažných podkladov vyzýva na uzatvorenie zmluvy o dielo v lehote 10 pracovných dní odo dňa doručenia tejto výzvy.

V súlade s bodom 31 súťažných podkladov Zákazky Vás verejný obstarávateľ vo vyššie uvedenej lehote žiada doručiť (poštou, kuriérom, osobne) na adresu SLOVENSKÝ VODOHODSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica:

- a) podpísaný návrh zmluvy o dielo, ktorý bude výsledkom tohto verejného obstarávania v šiestich vyhotoveniach (nepodpísaný návrh zmluvy o dielo sme Vám v šiestich vyhotoveniach doručili poštou),
- b) údaje o všetkých známych subdodávateľoch minimálne v rozsahu obchodné meno, sídlo resp. miesto podnikania a IČO, údaje o osobe oprávnenej konať za subdodávateľa v rozsahu meno a priezvisko, adresa pobytu, dátum narodenia (bude tvoriť prílohu zmluvy o dielo) v šiestich vyhotoveniach,
- c) originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy uzatvorenej medzi Vami a osobou, ktorej kapacity ste použili na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať dielo v rozsahu, v ktorom ste použili kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto zmluvy o dielo spoločne so zhotoviteľom (bude tvoriť prílohu zmluvy o dielo) v šiestich vyhotoveniach,
- d) originál návrhu na plnenie kritérií s celkovou cenou diela po aukcii (8.479.000,00 EUR bez DPH) podpísaný oprávnenými osobami v šiestich vyhotoveniach (bude tvoriť prílohu zmluvy o dielo),

d) originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy, v ktorej sú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti obidvoch členov skupiny dodávateľov, kto sa ako časťou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov voči verejnému obstarávateľovi (objednávateľovi) spoločne a nerozdielne,

e) originál alebo úradne osvedčenú fotokópiu poistných zmlúv, na základe ktorých máte uzatvorené poistenie v rozsahu podľa bodu 24.2 Zmluvy, t. j. pre miesto poistenia určené projektovou dokumentáciou uzatvorené

- stavebno-montážne poistenie diela (vrátane staveniska) tzv. CAR/EAR/ poistenie minimálne v rozsahu

- poistenia diela vrátane všetkých jeho častí a okolitého majetku, ktoré sú vo vlastníctve, v starostlivosti, opatrovaní alebo pod kontrolou objednávateľa alebo zhotoviteľa (najmä na krytie škôd spôsobených poškodením, zničením, odcudzením, stratou častí Diela) s poistnou sumou minimálne vo Výške zodpovedajúcej cene Diela podľa Zmluvy o dielo, pričom ako poistený a spolupoistený budú uvedení zhotoviteľ (nakoľko zhotoviteľom je skupina dodávateľov, poistenou musí byť spoločnosť XY
- a XZ), objednávateľ a všetci subdodávatelia participujúci na Diele,

- poistenia zodpovednosti za škodu spôsobenú v súvislosti so stavebnomontážnymi prácami vykonávanými zhotoviteľom - vrátane subdodávateľov na majetku objednávateľa a tretích osôb s poistnou sumou minimálne vo výške IO z ceny diela v EUR.
- poistenie zodpovednosti za environmentálne škody s poistnou sumou minimálne vo výške 3 % z Ceny diela v EUR.

Verejný obstarávateľ Vás súčasne upozorňuje, že neuzatvorí zmluvu s uchádzačom.

- a) ktorý podľa 11 ods. 1 Zákona o VO má povinnosť zapisovať sa do registra partnerov verejného sektora a nie je zapísaný v registri partnerov verejného sektora alebo
- b) ktorého subdodávateľa alebo subdodávateľa podľa osobitného predpisu majú povinnosť zapisovať sa do registra partnerov verejného sektora a nie sú zapísaní v registri partnerov.“

45. Navrhovateľ doručil kontrolovanému v reakcii na Výzvu na uzavretie zmluvy dňa 13. 11. 2020 list „Predloženie zmluvy o dielo na podpis“ a viaceré súvisiace dokumenty, pričom úvodom sa uvádza nasledovné, cit.: „Spoločnosť XY, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, Oddiel: Sro, Vložka č.: VV ako vedúci člen „XX“ (ďalej aj ako „Združenie“), ktorého ďalším členom je spoločnosť XY, zapísaná AA bola ako vedúci člen Združenia ako úspešný uchádzač Vašou spoločnosťou SLOVENSKÝ VODOHOSPODARSKÝ PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047, zapísanou v Obchodnom registri Okresného súdu Banská Bystrica, Oddiel: Pš, vložka č.: 713/S (ďalej aj ako „Objednávateľ“), a to listom zo dňa 03. 11. 2020 vyzvaná na uzavretie zmluvy o dielo na zákazku verejného obstarávania s názvom „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“ časť 2, ktorá bola Objednávateľom ako verejným obstarávateľom vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie č. 2018/S 231-526926 zo dňa 30. 11. 2018 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 zo dňa 03. 12. 2018 pod značkou 17268 - MSP.

V zmysle uvedeného listu si Vám touto cestou dovoľujeme v stanovenej lehote 10 pracovných dní od doručenia predmetnej výzvy predložiť nasledovné:

1) Návrh zmluvy o dielo podpísaný v zmysle udelenej plnej moci, a to osobou oprávnenou konať za splnomocnenca, spoločne s príslušnými prílohami v počte 6 vyhotovení.

Prílohou predmetnej zmluvy o dielo sú:

- a) Príloha č. 1 (článok XXV. bod 25.18, 25.18.1 ZoD) Rozpočet pre vykonanie Diela
 - b) Príloha č. 2 (článok XXV. bod 25.18, 25.18.2 ZoD) Plán vykonania Diela
 - c) Príloha č. 3 (článok XXV. bod 25.18, 25.18.3 ZoD) Zoznam subdodávateľov zhotoviteľa (známych ku dňu predloženia ZoD k podpisu)
 - d) Príloha č. 4 (článok XXV. bod 25.18, 25.18.4 ZoD) Zmluva uzatvorená medzi zhotoviteľom a osobou, ktorej kapacity sa použili na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti
 - e) Príloha č. 5 (článok XXV. bod 25.18, 25.18.5 ZoD) Návrh na plnenie kritérií
- 2) Zmluva o združení v počte 1 vyhotovenie - predloženie v zmysle časti A. bod 31, 31.3.2. súťažných podkladov

- 3) Plnomocenstvo udelené vedúcemu členovi Združenia v počte 1 vyhotovenie
- 4) Poistný certifikát, ktorá preukazuje uzatvorenie poistenia v rozsahu podľa článku XXIV. bod 24.2 zmluvy o dielo, v počte 1 vyhotovenie.

Spoločnosť XY si v mene „XX“ záverom dovoľuje upovedomiť Objednávateľa, že zo strany spoločnosti CC nebol udelený súhlas so zverejnením celého obsahu Zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy o dielo a zmluvy o poskytnutí odborných a technických kapacít (ďalej aj ako „Zmluva „Čína“) ktorá tvorí Prílohu č. 4 (článok XXV. bod 25.18, 25.18.4 ZoD) Zmluvy o dielo s Objednávateľom, a preto si Spoločnosť XY dovoľuje vyzvať Objednávateľa na prehodnotenie zverejnenia obsahu predmetnej zmluvy najviac v rozsahu úvodnej strany Zmluvy „Čína“, pričom v tomto rozsahu (úvodná strana) spoločnosť CC zverejnenie povolila. Za pochopenie a kladné vybavenie vopred ďakujeme.“

46. V Zmluve s treťou osobou (v zmysle vyššie uvedeného bodu rozhodnutia) č. 190/12/18 uzavretej dňa 13. 12. 2018 medzi budúcim objednávateľom XY a budúcim zhotoviteľom CC sa v;

Čl. II. „Predmet zmluvy“

bod 1 uvádza, cit.: „Zmluvné strany berú na vedomie, že Budúci objednávateľ ako vedúci člen skupiny dodávateľov spolu s členom skupiny dodávateľov XZ ako uchádzač (ďalej aj ako „uchádzač“) majú záujem sa zúčastniť verejného obstarávania s názvom „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“ Časť 2: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, III. etapa“, bližšie špecifikovanom v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania zverejnenom v Úradnom vestníku Európskej únie S231 zo dňa 30. 11. 2018 pod číslom 2018/S 231 – 526926 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 zo dňa 03. 12. 2018, číslo 17268-MSP (ďalej aj ako „Oznámenie“) (ďalej aj ako „Verejné obstarávanie“). Verejné obstarávanie vyhlásil verejný obstarávateľ, a to SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 (ďalej aj ako „Verejný obstarávateľ“).“

bod 2 uvádza, cit.: „Predmetom zákazky Verejného obstarávania sú stavebné práce, podrobenejší opis predmet zákazky je súčasťou súťažných podkladov (ďalej aj ako „Predmet zákazky“).“

bod 3 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ má záujem poskytnúť Budúcemu objednávateľovi technické a odborné kapacity v zmysle § 34 ods. 3 ZoVO a vyhlasuje, že spĺňa požadovanú technickú a odbornú spôsobilosť pre účely tohto Verejného obstarávania v rozsahu stanovenom touto Zmluvou.“

bod 4 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ sa zaväzuje na požiadanie Budúceho objednávateľa na účely Verejného obstarávania a na účel plnenia zmluvy uzatváratej s Verejným obstarávateľom (ďalej aj ako „Zmluva s Verejným obstarávateľom“) poskytnúť Budúcemu objednávateľovi

technické a odborné kapacity súvisiace s podmienkami účasti špecifikovanými v oddiele III.1.3) bod 1) Oznámenia a v bode 1) časti 1.3 Technická a odborná spôsobilosť Kapitoly B. Podmienky účasti uchádzačov Súťažných podkladov.“

bod 5 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ sa zaväzuje na požiadanie Budúceho objednávateľa a na účely Verejného obstarávania poskytnúť technické a odborné kapacity v súlade s oddielom III.1.3) bod 1) Oznámenia a v bode 1) časti 1.3 Technická a odborná spôsobilosť kapitoly B. Podmienky účasti uchádzačov Súťažných podkladov: zoznam stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnených stavebných prác, ktorý musí byť doplnený potvrdením odberateľa o uspokojivom vykonaní týchto stavebných prác a zhodnotení uskutočnených stavebných prác podľa obchodných podmienok, pričom referencia/referencie majú byť kumulatívne s rozpočtovým nákladom minimálne 13 000 000,-EUR bez DPH za predchádzajúcich 5 rokov od vyhlásenia verejného obstarávania, v zmysle požiadaviek podľa oddielu III.1.3) bod 1) Oznámenia a v bode 1) časti 1.3 Technická a odborná spôsobilosť kapitoly B. Podmienky účasti uchádzačov Súťažných podkladov. Za stavebné práce rovnakého alebo podobného charakteru ako je predmet zákazky sa považujú stavebné práce na stavbách, ktorými sa upravuje, mení alebo zriaďuje koryto vrátane terénnych úprav s tým spojených; stavby na ochranu pred povodňami, priehrady, vodné nádrže, rybníky, hate, hrázde, vodné elektrárne, stavby na využívanie hydroenergetického potenciálu vodného toku stavby, ktoré sa zriaďujú na plavebné účely v korytách alebo v iných vodných útvaroch.“

bod 6 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ sa zaväzuje, že poskytne svoje kapacity počas celého trvania Zmluvy uzatvorenej s Verejným obstarávateľom.“

bod 7 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ vyhlasuje, že spĺňa podmienky účasti na Verejnom obstarávaní podľa § 32 ods. 1 ZoVO vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky Verejného obstarávania, na ktorú budú jeho kapacity Budúcemu objednávateľovi poskytnuté a vyhlasuje, že u neho neexistujú dôvody na vylúčenie podľa § 40 ods. 6 písm. a) až h) a ods. 7 ZoVO. Budúci zhotoviteľ je povinný na preukázanie splnenia podmienok účasti stanovených v § 32 ods. 1 ZoVO predložiť a odovzdať pri podpise tejto zmluvy Budúcemu objednávateľovi všetky potrebné doklady v zmysle § 32 ods. 2 ZoVO alebo § 152 ZoVO (zápis do zoznamu hospodárskych subjektov) preukazujúce splnenie daných podmienok účasti zo strany Budúceho zhotoviteľa. Budúci objednávateľ je doklady predložené podľa predchádzajúcej vety oprávnený využiť len pre účel Verejného obstarávania. Budúci zhotoviteľ oprávnenie poskytovať plnenie preukazuje vo vzťahu k tej časti Predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity Budúcemu objednávateľovi ako uchádzačovi poskytnuté.“

bod 8 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ ďalej vyhlasuje, že v prípade ak má povinnosť zapisovať sa do registra partnerov verejného sektora v zmysle zákona č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora a o zmene a doplnení niektorých zákonov ku dňu podpisu Zmluvy s Verejným obstarávateľom bude mať platný zápis v registri partnerov verejného sektora.“

v čl. III. „Uzavretie budúcej zmluvy o dielo“

bod 1 uvádza, cit.: „Budúci objednávateľ a Budúci zhotoviteľ sa dohodli, že v prípade uzavretia Zmluvy s Verejným obstarávateľom bude mať Budúci objednávateľ právo a Budúci zhotoviteľ povinnosť uzatvoriť zmluvu o dielo, a to v lehote do 21 dní odo dňa uzavretia Zmluvy s Verejným obstarávateľom, predmetom ktorej bude dielo bližšie špecifikované v čl. III tejto Zmluvy (ďalej aj ako „zmluva o dielo“).“

Bod 2 uvádza, cit.: „V prípade, že Budúci objednávateľ využije svoje právo podľa čl. II. ods. 1 tejto Zmluvy, vyzve Budúceho zhotoviteľa na uzavretie zmluvy o dielo, a to najneskôr 3 dni pred uplynutím lehoty špecifikovanej v ods. 1 tohto článku.“

v čl. IV. „Minimálne požadovaný obsah zmluvy o dielo“

bod. 1 uvádza, cit.: „Minimálne požadovaný obsah zmluvy o dielo:

- a) záväzok zmluvných strán podieľať sa na plnení Predmetu zákazky, pričom predmetom diela v zmluve o dielo bude i splnenie povinnosti a vykonanie prác v uvedených v čl. I. tejto zmluvy,
- b) cena prác Budúceho zhotoviteľa v zmluve o dielo bude určená v samotnej zmluve o dielo,
- c) termín uskutočnenia jednotlivých prác a plnení, ktoré budú predmetom zmluvy o dielo bude stanovený v súlade s časovým harmonogramom uvedeným v Zmluve s Verejným obstarávateľom
- d) obsahom zmluvy o dielo budú všetky zmluvné záväzky Budúceho objednávateľa voči Verejnému obstarávateľovi uvedené v Zmluve s Verejným obstarávateľom.“

v čl. V. „Práva a povinnosti zmluvných strán“

bod 1 uvádza, cit.: „Budúci zhotoviteľ sa zaväzuje, že

- a) Budúcemu objednávateľovi poskytne plnenie minimálne v rozsahu, v akom preukázal splnenie technickej a odbornej spôsobilosti pre plnenie Predmetu zákazky,
- b) sa Verejného obstarávania nezúčastní ako samostatný uchádzač, resp. ako účastník iného združenia, resp. skupiny dodávateľov,
- c) odovzdá Budúcemu objednávateľovi všetky potrebné doklady minimálne v rozsahu požadovanom podmienkami Verejného obstarávania, pričom sa zaväzuje zabezpečiť, že všetky tieto doklady budú úplné a pravdivé a neuvedie nimi Budúceho objednávateľa do omylu,
- d) nevykoná nič, čo by mohlo zmať alebo podstatne sťažiť uzavretie Zmluvy s Verejným obstarávateľom.“

v čl. VI. „Záverečné ustanovenia“

bod 1. uvádza, cit.: „Práva a povinnosti touto Zmluvou neupravené sa riadia príslušnými ustanoveniami Obchodného zákonníka, ZoVO a súvisiacimi právnymi predpismi.“

bod 2. uvádza, cit.: „Táto Zmluva nadobúda platnosť a účinnosť jej podpísaním oprávnenými zástupcami oboch zmluvných strán.“

bod 3. uvádza, cit.: „Túto Zmluvu možno meniť a dopĺňať len písomnými dodatkami, potvrdenými oprávnenými zástupcami obidvoch zmluvných strán.“

bod 4. uvádza, cit.: „Zmluvné strany sa dohodli, že slovenská jazyková verzia tejto Zmluvy má prednosť.“

bod 5. uvádza, cit.: „Táto Zmluva je vyhotovená v troch rovnopisoch, každý s platnosťou originálu, z toho dve vyhotovenia pre Budúceho objednávateľa a jedno vyhotovenie pre Budúceho zhotoviteľa.“

bod 6. uvádza, cit.: „Závazok Budúceho zhotoviteľa uzavrieť zmluvu o dielo zanikne v prípade, že sa Budúci objednávateľ nestane úspešným uchádzačom v rámci Verejného obstarávania a ak nebude uzavretá Zmluva s Verejným obstarávateľom na Predmet zákazky.“

Úrad záverom konštatuje, že na vyššie uvedenej zmluve je spodnej časti preskenovaný podpis konateľa spoločnosti XY (MM) a splnomocnenca spoločnosti CC (YY – úrad ďalej konštatuje, že sa tu nachádza sken pečiatky). Ďalej úrad dodáva, že uvedené podpisy sú datované k dátumu 13. 12. 2018.

47. Kontrolovaný doručil navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO dňa 25. 11. 2020 dokument „Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti potrebnej k uzatvoreniu zmluvy“, kde sa okrem iného uvádza nasledovné, cit.: „Nakoľko po vyhodnotení ponúk sa skupina dodávateľov „XX“ XY a XZ umiestnila na prvom mieste v poradí, verejný obstarávateľ Vás listom zo dňa 03. 11. 2020 doručeným 06. 11. 2020 vyzval na uzavretie zmluvy prostredníctvom informačného systému IS EVO prevádzkovaného Úradom pre verejné obstarávanie. V súlade s § 56 ods. 8 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákon o VO“) platí ...úspešný uchádzač alebo uchádzači sú povinní poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody tak, aby mohli byť uzavreté do desiatich pracovných dní odo dňa uplynutia lehoty podľa odsekov 2 až 7, ak boli na ich uzavretie písomne vyzvaní.“

Z uvedeného dôvodu ste v súlade s doručenou výzvou na uzavretie zmluvy boli v lehote do 23. 11. 2020 (10 pracovných dní od doručenia výzvy) povinní predložiť podpísaný návrh zmluvy o dielo s prílohami, ktoré verejný obstarávateľ nemal k dispozícii z procesu verejného obstarávania, doklady uvedené v bode 31.3 súťažných podkladov Zákazky a doklad preukazujúci poistenie v zmysle zmluvy o dielo. Verejný obstarávateľ na základe predložených dokladov vyhodnotil, že ste v stanovenej lehote neposkytli súčinnosť potrebnú pre uzatvorenie zmluvy o dielo z nasledovných dôvodov

I.

V súlade s bodom 25.18.4 prílohy číslo 6 súťažných podkladov (návrh zmluvy o dielo) má byť súčasťou zmluvy príloha – „originál alebo úradne overená fotokópia zmluvy uzatvorená medzi uchádzačom a osobou, ktorej kapacity ste použili na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať dielo v rozsahu, v ktorom ste použili kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto zmluvy o dielo so zhotoviteľom.“ Napriek

uvedenému ste verejnému obstarávateľovi v lehote na poskytnutie súčinnosti ako prílohu zmluvy o dielo doručili úradne overenú fotokópiu Zmluvy o uzavretí budúcej Zmluvy o dielo uzatvorenú medzi spoločnosťou XY a spoločnosťou CC zo dňa 13. 12. 2018, na základe ktorej sa spoločnosť CC zaväzuje, že s Vami v budúcnosti uzatvorí zmluvu o dielo, ktorá bude obsahovať „záväzok zmluvných strán podieľať sa na plnení predmetu zákazky, pričom predmetom diela bude v zmluve bude i splnenie povinnosti a vykonanie prác uvedených v čl. 1 tejto zmluvy“, a to len za predpokladu, že spoločnosť XY využije svoje právo takúto zmluvu uzatvoriť. Bez ohľadu na povinnosti zmluvných strán uzatvoriť zmluvu o dielo sa tak môže stať, že zmluvu o dielo Spoločnosťou nikdy neuzatvoríte a Spoločnosť sa tak rozpore s § 34 ods. 3 Zákona o VO žiadnym spôsobom nebude podieľať na vykonaní diela.“

Keďže doručená Zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o dielo zo dňa 13. 12. 2018 neobsahuje povinnosť (aktuálny záväzok) Spoločnosti skutočne vykonať dielo v rozsahu, v ktorom ste použili jej kapacity na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v súťažných podkladoch, verejný obstarávateľ vyhodnotil, že ste v stanovenej lehote neposkytli požadovanú súčinnosť potrebnú pre uzatvorenie zmluvy o dielo.

Nakoľko predložená zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o dielo nemôže byť prílohou zmluvy o dielo (neobsahuje záväzok Spoločnosti skutočne vykonať dielo) a v predložených dokladoch sa nenachádza iná zmluva, v ktorej by bol tento záväzok uvedený, neposkytli ste súčinnosť tak, aby zmluva o dielo mohla byť uzatvorená v stanovenej lehote.

V predloženej Zmluve o uzavretí budúcej zmluvy o dielo zo dňa 13. 12. 2018 rovnako absentuje záväzok Spoločnosti a Vás ako zhotoviteľa diela zodpovedať za plnenie zmluvy o dielo spoločne. Verejný obstarávateľ aj z tohto dôvodu vyhodnotil, že ste v stanovenej lehote neposkytli požadovanú súčinnosť potrebnú pre uzatvorenie zmluvy o dielo.

Nakoľko predložená zmluva o uzavretí budúcej zmluvy o dielo nemôže byť prílohou zmluvy o dielo (neobsahuje záväzok spoločnej zodpovednosti) a v predložených dokladoch sa nenachádza iná zmluva, v ktorej by bol tento záväzok uvedený, neposkytli ste súčinnosť tak, aby zmluva o dielo mohla byť uzatvorená v stanovenej lehote.

II.

V súlade s bodom 31.3.2 súťažných podkladov kontrolovaný uvádza, že navrhovateľ mal predložiť aj „originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy, v ktorej budú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti členov skupiny dodávateľov, kto sa ako časťou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov voči verejnému obstarávateľovi spoločne a nerozdielne.“

Táto skutočnosť Vám pritom bola známa už v čase predkladania ponúk, keďže súčasťou Vašej ponuky bolo Čestné vyhlásenie o vytvorení skupiny dodávateľov zo dňa 21. 01. 2019, kde ste sa zaviazali, cit.: „pred podpisom zmluvy s verejným obstarávateľom uzatvoríme a predložíme verejnému obstarávateľovi zmluvu, v ktorej budú jednoznačne stanovené vzájomné práva a povinnosti, kto sa akou časťou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci

členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov vzniknutých pri realizácii predmetu zákazky voči verejnému obstarávateľovi spoločne a nerozdielne.“

Napriek uvedenému ste v stanovenej lehote predložili zmluvu o združení zo dňa 16. 01. 2019 uzatvorenú medzi Vami a spoločnosťou XZ, v ktorej nie je uvedená informácia, kto sa akou časťou bude podieľať na plnení predmetu zákazky. V zmluve o združení ste uviedli informáciu „Vedúci člen združenia spoločnosť XY bude zabezpečovať technické vedenie Združenia a ekonomicko-účtovné vedenie Združenia.“ Kontrolovaný uviedol, že z tohto ustanovenia je zrejmé len to, akým spôsobom bude fungovať združenie, avšak nie to, akým spôsobom (časťou) sa bude spoločnosť XY alebo XZ podieľať na zhotovení diela (plnení predmetu zákazky). Nakoľko predložená zmluva neobsahuje informáciu, ktorý člen združenia sa akou časťou bude podieľať na plnení predmetu zákazky a v predložených dokladoch sa nenachádza iná zmluva, v ktorej by bola táto podmienka uvedená, neposkytli ste súčinnosť tak, aby zmluva o dielo mohla byť uzatvorená v stanovenej lehote.

III.

Nakoľko vyššie uvedené podmienky Vám boli známe už v čase oboznámenia sa so súťažnými podkladmi a informácia o výsledku vyhodnotenia ponúk Vám bola doručená už v júli 2020, mali ste dostatočný čas na uzatvorenie zmluvy (nie zmluvy o budúcej zmluve) so Spoločnosťou a uzatvorenie zmluvy s druhým členom skupiny dodávateľov v požadovanom znení.

Vzhľadom na neposkytnutie súčinnosti potrebnej pre uzatvorenie zmluvy o dielo v stanovenej lehote Vám súčasne oznamujeme, že v súlade s § 56 ods. 9 zákona o VO pristúpime k uzatvoreniu zmluvy o dielo s uchádzačom, ktorý sa po vyhodnotení ponúk umiestnil na druhom mieste v poradí.“

48. Navrhovateľ v rámci ponuky predloženej dňa 27. 02. 2019 o 08:27 hod. o. i. predložil „ČESTNÉ VYHLÁSENIE O VYTVORENÍ SKUPINY DODÁVATEĽOV“, uzavreté dňa 21. 01. 2019 medzi členmi skupiny dodávateľov Združenia „XX“. V rámci predmetnej zákazky sa vedúci člen združenia XY a člen združenia XZ zaväzujú, cit.: „V prípade, že naša spoločná ponuka bude úspešná a bude prijatá verejným obstarávateľom, sa zaväzujeme, že pred. podpisom zmluvy s verejným obstarávateľom uzatvoríme a predložíme verejnému obstarávateľovi zmluvu, v ktorej budú jednoznačné stanovené vzájomné práva a povinnosti, kto sa akou časťou bude podieľať na plnení predmetu zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov vzniknutých pri realizácii predmetu zákazky voči verejnému obstarávateľovi spoločne a nerozdielne.“
49. Listom zo dňa 24. 11. 2020 adresoval kontrolovaný Tatra banke, a.s. „Oznámenie o uplatnení práv v bankovej záruky“, v ktorom sa uvádza, cit.: „SLOVENSKÝ VODOHODSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica ako verejný obstarávateľ vyhlásil verejné obstarávanie zákazky s názvom „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa“ Časť 2, v súvislosti s ktorou bolo vo Vestníku verejného obstarávania číslo 237/2018 dňa 03.12.2018 pod číslom 17268 — MSP zverejnené Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania (ďalej len „Zákazka“). Jednou z podmienok vo verejnom obstarávaní Zákazky bolo

zloženie zábezpeky vo výške 250.000 EUR. Uchádzač „XX”, ktorého členom je spoločnosť XY (ďalej len „Uchádzač”) za účelom preukázania zloženia zábezpeky v procese verejného obstarávania predložil Bankovú záruku číslo 621.529 zo dňa 20. 12. 2019 vyhotovenú Vašou spoločnosťou v znení jej dodatku číslo 1 a dodatku číslo 2 (ďalej len „Banková záruka”). Nakoľko po vyhodnotení ponúk sa Uchádzač umiestnil na prvom mieste v poradí, verejný obstarávateľ ho listom číslo CS SVPPR 1796/2020/14 zo dňa 03.11.2020 doručeným dňa 06.11.2020 vyzval na uzavretie zmluvy (podpísanie zmluvy a doplnenie chýbajúcich dokumentov). Uchádzač však v zákonom stanovenej lehote (10 pracovných dní odo dňa doručenia výzvy na uzatvorenie zmluvy o dielo) neposkytol súčinnosť potrebnú na uzatvorenie zmluvy o dielo v požadovanom rozsahu, čím porušil 56 ods. 8 zákona číslo 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákon o VO”). Neposkytnutím požadovanej súčinnosti sa tak zábezpeka vo Výške 250.000 EUR stala splatnou. Na základe uvedeného si SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik ako verejný obstarávateľ v súlade s 46 ods. 6 písm. b) Zákona o VO uplatňuje nárok na zaplatenie zábezpeky z Bankovej záruky a žiada Vás ako banku, ktorá Bankovú záruku vystavila o zaplatenie sumy vo Výške 250.000 EUR na bankový účet verejného obstarávateľa SK78 0200 0000 0029 6001 4556. Do poznámky prosím uveďte „Zábezpeka — Klátovské rameno III. etapa — XY”

Úrad ďalej uvádza, že prílohami uvedeného dokumentu je Banková záruka č. 621.529 zo dňa 20. 12. 2019 – fotokópia, Dodatok č. 1 k Bankovej záruke – fotokópia, Dodatok č. 2 k Bankovej záruke – fotokópia, Výzva na uzavretie zmluvy zo dňa 03. 11. 2020 – fotokópia, Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti potrebnej k neuzatvoreniu zmluvy a Výpis z obchodného registra SLOVENSKÉHO VODOHOSPODÁRSKEHO PODNIKU, štátneho podniku.

50. Listom zo dňa 26. 11. 2020 adresoval kontrolovaný Tatra banke, a.s. „Oznámenie k výzve na zaplatenie z bankovej záruky“ v ktorom sa uvádza, cit.: „SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica ako verejný obstarávateľ vyhlásil verejné obstarávanie zákazky s názvom „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa” Časť 2, v súvislosti s ktorou bolo vo Vestníku verejného obstarávania číslo 237/2018 dňa 03.12.2018 pod číslom 17268 — MSP zverejnené Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania (ďalej len „Zákazka”). Jednou z podmienok vo verejnom obstarávaní Zákazky bolo zloženie zábezpeky vo výške 250.000 EUR. Uchádzač „XX”, ktorého členom je XY (ďalej len „Uchádzač”) za účelom preukázania zloženia zábezpeky v procese verejného obstarávania predložil Bankovú záruku číslo 621.529 zo dňa 20.12.2019 vyhotovenú Vašou spoločnosťou v znení jej dodatku číslo I a dodatku číslo 2 (ďalej len „Banková záruka”). Nakoľko Uchádzač neposkytol súčinnosť potrebnú na uzatvorenie zmluvy o dielo v požadovanom rozsahu, zábezpeka vo Výške 250.000 EUR sa stala splatnou. Z uvedeného dôvodu sme Vám oznámili uplatnenie práv z Bankovej záruky a vyzvali sme Vás na zaplatenie sumy vo Výške 250.000 EUR na bankový účet verejného obstarávateľa. Spoločnosť XY nám dňa 26.11.2020 doručila časť podania „Návrh na nariadenie neodkladného opatrenia” zo dňa 25. 11. 2020 adresované na Okresný súd Žiar nad Hronom, v ktorom žiada, aby nám súd uložil povinnosť nenakladať s právami vyplývajúcimi z Bankovej záruky. Vzhľadom na to, že Banková záruka zanikne 31.12.2020, oznamujeme Vám, že si naďalej uplatňujeme práva z

Bankovej záruky, ale žiadame Vás, aby ste sumu vo Výške 250.000 EUR z Bankovej záruky na rozdiel od podmienok uvedených v Bankovej záruke poukázali na náš účet až po nadobudnutí právoplatnosti rozhodnutia Okresného súdu Žiar nad Hronom o neodkladnom opatrení. O rozhodnutí súdu Vás budeme informovať.“

Úrad ďalej uvádza, že prílohami uvedeného dokumentu je Banková záruka č. 621.529 zo dňa 20. 12. 2019 – fotokópia, Dodatok č. 1 k Bankovej záruke – fotokópia, Dodatok č. 2 k Bankovej záruke – fotokópia a časť Návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia zo dňa 25. 11. 2020 – fotokópia.³

Úrad uvádza, že „Oznámenie o uplatnení práv v bankovej záruky“ aj „Oznámenie k výzve na zaplatenie z bankovej záruky“ doručil kontrolovaný na vedomie navrhovateľovi prostredníctvom IS EVO, a to dňa 27. 11. 2020.

51. Úrad konštatuje, že Uznesením Okresného súdu Žiar nad Hronom, sp. zn. 9Cb/13/2020-139 zo dňa 09. 12. 2020, súd zamietol návrh na nariadenie neodkladného opatrenia žalobcu XY. Žalovaným bol SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047. Úrad uvádza, že v bode 15 tohto uznesenia sa o. i. uvádza nasledovné, cit.: „Na to, aby okresný súd mohol vydať neodkladné opatrenie v súlade s návrhom žalobcu je potrebné posúdiť, či žalobca poskytol súčinnosť potrebnú pri uzatváraní zmluvy alebo či došlo k porušeniu Súťažných podkladov resp. priamo zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších právnych predpisov. Žalobca mal za týmto účelom využiť inštitút revízných postupov, ktoré mu vyplývajú nielen zo Súťažných podkladov (bod. 32) ale aj priamo zo zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení neskorších právnych predpisov. Okresný súd tak k dnešnému dňu nemá preukázanú tú skutočnosť, že žalovaný by pri uplatnení si práv z Bankovej záruky č. 621.529 konal v rozpore so zákonom, ako to tvrdí žalobca vo svojom návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia.“

³ Úrad uvádza, že v predmetnom Návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia podľa § 324 a nasl. zákona č. 160/2015 Z. z. Civilného sporového poriadku adresovanom Okresnému súdu Žiar nad Hronom Nám. Matice slov. 5/1, 965 35 Žiar nad Hronom datovanom ku dňu 25. 11. 2020 je uvedený ako žalobca XY a ako žalovaný je uvedený SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047. Žalobca v rámci čl. III „Návrh na nariadenie neodkladného opatrenia“ žiada súd o vydanie nasledovného uznesenia, cit.: „súd ukladá žalovanému nenakladať s právami vyplývajúcimi zo záručnej listiny – Bankovej záruky č. 621.529 vystavenej dňa 20. 12. 2019 spoločnosťou Tatra banka, a.s., so sídlom Hodžovo nám. 3, 811 06 Bratislava, IČO: 00686930 vo výške peňažnej sumy 250 000,- EUR v znení Dodatku č. 1 k Bankovej záruke č. 621.529 vystavenému dňa 30. 06. 2020 a v znení Dodatku č. 2 k Bankovej záruke č. 621.529 vystavenému dňa 30. 09. 2020 v prospech žalovaného ako verejného obstarávateľa spoločnosti SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 v rámci verejného obstarávania na zákazku s názvom „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1 časť a III. etapa“ pre časť 2, ktorá bola vyhlásená v Úradnom vestníku Európskej únie č. 2018/S 231-526926 zo dňa 30. 11. 2018 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2018 zo dňa 03. 12. 2018 pod značkou 17268-MSP, ktorú doručil žalobca žalovanému spolu s ponukou a to do právoplatného skončenia konania vo veci samej.

52. V dokumente „Banková záruka č. 621.529“, zo dňa 20. 12. 2019, doručenej pre SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 dňa 20. 12. 2019 zo strany Tatra banka, a.s., so sídlom Hodžovo nám. 3, 811 06 Bratislava, IČO: 00686930, predloženej navrhovateľom ako súčasť námietok sa uvádza, cit.: „Boli sme informovaní, že spoločnosť XY (ďalej len „Uchádzač“) predkladá ponuku do súťaže č. 17268 - MSP, ktorej predmetom obstarávania je: „Zvýšenie bezpečnosti územia proti spätnému vzdutiu Malého Dunaja a Klatovského ramena z Váhu, II. etapa, 1. časť a III. etapa.“ V tejto súvislosti a z príkazu Uchádzača sa týmto my, Tatra banka, a.s., Hodžovo námestie 3, 811 06 Bratislava 1, IČO: 00686930, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel: Sa, vložka č. 71/B (ďalej len „Banka“) neodvolateľne zaväzujeme Vám, SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 (ďalej len „Obstarávateľ“), že Vám bez námietok zaplatíme požadovanú sumu maximálne však

EUR 250.000,00

(slovom: euro dvestopäťdesiat tisíc 00/100)

do piatich (5) pracovných dní po obdržaní prvej písomnej výzvy Obstarávateľa na zaplatenie na účet v nej uvedený.

Banka sa zaväzuje vykonať platbu Obstarávateľovi do vyššie uvedenej sumy po predložení jeho prvej písomnej výzvy na zaplatenie, za podmienky, že Obstarávateľ v písomnej výzve na zaplatenie uvedie, že suma, ktorú požaduje, je splatná z dôvodu, že Uchádzač:

- odstúpil od svojej ponuky v čase po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk do uplynutia lehoty viazanosti ponúk, alebo
- neposkytol súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy, alebo odmietol uzavrieť zmluvu v zmysle zákona o verejnom obstarávaní.

Každým plnením z tejto záruky sa výška záruky automaticky zníži o vyplatenú sumu.

Táto záruka automaticky v celom rozsahu zanikne:

- dňom, kedy Banka obdrží písomné prehlásenie Obstarávateľa, že sa v plnom rozsahu vzdáva svojho nároku na plnenie z tejto záruky, alebo
- dňa 30. júna 2020, pričom písomná výzva Obstarávateľa na zaplatenie musí byť doručená na adresu sídla Banky najneskôr v posledný pracovný deň platnosti záruky, a to tým z vyššie uvedených dní, ktorý nastane skôr.

Banka prehlasuje, že je pripravená predĺžiť platnosť tejto záruky v prípade predĺženia lehoty viazanosti ponúk (v zmysle zákona o verejnom obstarávaní), a to za predpokladu, že Uchádzač sám alebo Uchádzač spoločne s Obstarávateľom písomne požiada Banku o predĺženie platnosti záruky a zároveň Uchádzač splní všetky podmienky definované Bankou v súvislosti s predĺžením platnosti záruky.

Z dôvodu identifikácie písomná výzva Obstarávateľa na zaplatenie / písomné prehlásenie Obstarávateľa o vzdaní sa nároku na plnenie musia byť podpísané štatutárnymi zástupcami Obstarávateľa, pričom ich podpisy musia byť úradne overené a ich oprávnenie konať za Obstarávateľa musí byť Banke preukázané predložením výpisu z obchodného registra Obstarávateľa (originál alebo jeho úradne overená kópia), nie staršieho ako jeden (1) mesiac.

Práva a pohľadávku na plnenie z tejto záruky nie je možné postúpiť na tretiu osobu.

Táto záruka podlieha právu Slovenskej republiky.“

53. V dokumente „Dodatok č. 1 k Bankovej záruke č. 621.529 zo dňa 20. 12. 2019“, doručenej pre SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 dňa 30. 06. 2020 zo strany Tatra banka, a.s., so sídlom Hodžovo nám. 3, 811 06 Bratislava, IČO: 00686930, predloženej navrhovateľom ako súčasť námietok sa uvádza, cit.: „Na základe žiadosti spoločnosti XY, my, Tatra banka, a.s., Hodžovo námestie 3, 811 06 Bratislava 1, IČO: 00686930, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel SA, vložka č. 71/B, meníme týmto Bankovú záruku č. 621.529 nasledovne:

Predlžujeme platnosť záruky do 30. septembra 2020.

Všetky ostatné ustanovenia bankovej záruky č. 621.529 zaostávajú v platnosti nezmenené.“

54. V dokumente „Dodatok č. 2 k Bankovej záruke č. 621.529 zo dňa 20. 12. 2019“, doručenej pre SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica, IČO: 36022047 dňa 30. 09. 2020 zo strany Tatra banka, a.s., so sídlom Hodžovo nám. 3, 811 06 Bratislava, IČO: 00686930, predloženej navrhovateľom ako súčasť námietok sa uvádza, cit.: „Na základe žiadosti spoločnosti XY, my, Tatra banka, a.s., Hodžovo námestie 3, 811 06 Bratislava 1, IČO: 00686930, zapísaná v Obchodnom registri Okresného súdu Bratislava I, oddiel SA, vložka č. 71/B, meníme týmto Bankovú záruku č. 621.529 nasledovne:

- Predlžujeme platnosť záruky do 31. decembra 2020.

Všetky ostatné ustanovenia bankovej záruky č. 621.529 zaostávajú v platnosti nezmenené.“

55. Úrad uvádza, že v rámci listinnej dokumentácie doručenej úradu dňa 20. 01. 2021 sa nachádza Výpis z účtu z ktorého vyplýva, že Tatra banka, a.s. prostredníctvom SEPA Europrevodu poukázala na účet kontrolovaného dňa 08. 12. 2020 sumu vo výške 250 000,-Eur.

56. Ďalej úrad uvádza, že v rámci listinnej dokumentácie doručenej úradu dňa 20. 01. 2021 sa nachádza dokument „Banková záruka č. 621.529 vystavená vo Váš prospech – oznámenie o zaplatení.“ Uvedený dokument bol doručený listinne dňa 17. 12. 2020 kontrolovanému zo strany Tatra banka, a.s. V uvedenom dokumente sa uvádza, cit.: „Dovoľujeme si Vám oznámiť, že sme na základe Vašej výzvy na zaplatenie z vyššie uvedenej bankovej záruky zo dňa 24. 11. 2020 (nami obdržanej dňa 30. 11. 2020) previedli dňa 07. 12. 2020 v prospech Vášho účtu IBAN č. SK78 0200 0000 0029 6001 4556, vedeného vo Všeobecnej úverovej banke, a.s. čiastku EUR 250.000,- s uvedením variabilného symbolu platby 621529. Zároveň Vás informujeme, že v súvislosti s vyššie uvedenou platbou náš záväzok z Bankovej záruky č. 621.529 zanikol.“

Právny rámec

57. Podľa § 1 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní tento zákon upravuje zadávanie zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb,

súťaž návrhov, zadávanie koncesíí na stavebné práce, zadávanie koncesíí na služby a správu vo verejnom obstarávaní.

58. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
59. Podľa § 46 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môžu vyžadovať, aby uchádzač zabezpečil viazanosť svojej ponuky zábezpekou. Zábezpeka je poskytnutie bankovej záruky, poistenie záruky alebo zloženie finančných prostriedkov na účet verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v banke alebo v pobočke zahraničnej banky.
60. Podľa § 46 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje od uchádzačov zábezpeku, jej výšku uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v súťažných podkladoch určí podmienky jej zloženia a podmienky jej uvoľnenia alebo vrátenia. Podmienky zloženia zábezpeky treba určiť tak, aby si spôsob zloženia zábezpeky mohol vybrať uchádzač.
61. Podľa § 46 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa a obstarávateľa ak uchádzač odstúpi od svojej ponuky v lehote viazanosti ponúk b) uchádzač neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 8 až 12.
62. Podľa § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní úspešný uchádzač alebo uchádzači sú povinní poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody tak, aby mohli byť uzavreté do 10 pracovných dní odo dňa uplynutia lehoty podľa odsekov 2 až 7, ak boli na ich uzavretie písomne vyzvaní.
63. Podľa § 56 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní ak úspešný uchádzač alebo uchádzači odmietnu uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu alebo nie sú splnené povinnosti podľa odseku 8, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu s uchádzačom alebo uchádzačmi, ktorí sa umiestnili ako druhí v poradí.
64. Podľa § 56 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní ak uchádzač alebo uchádzači, ktorí sa umiestnili ako druhí v poradí odmietnu uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu, neposkytnú verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť potrebnú na ich uzavretie tak, aby mohli byť uzavreté do 10 pracovných dní odo dňa, keď boli na ich uzavretie písomne vyzvaní, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu s uchádzačom alebo uchádzačmi, ktorí sa umiestnili ako tretí v poradí.

65. Podľa § 56 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač alebo uchádzači, ktorí sa umiestnili ako tretí v poradí, sú povinní poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť, potrebnú na uzavretie zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody tak, aby mohli byť uzavreté do 10 pracovných dní odo dňa, keď boli na ich uzavretie písomne vyzvaní.
66. Podľa § 56 ods. 12 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v oznámení o koncesii určiť, že lehota podľa odsekov 8, 10 a 11 je dlhšia ako 10 pracovných dní.
67. Podľa § 511 ods. 1 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov, ak právnym predpisom alebo rozhodnutím súdu je ustanovené alebo účastníkmi dohodnuté alebo ak to vyplýva z povahy plnenia, že viac dlžníkov má tomu istému veriteľovi splniť dlh spoločne a nerozdielne, je veriteľ oprávnený požadovať plnenie od ktoréhokoľvek z nich. Ak dlh splní jeden dlžník, povinnosť ostatných zanikne.
68. Podľa § 835 ods. 2 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov, zo záväzkov voči tretím osobám sú účastníci zaviazaní spoločne a nerozdielne.
69. Podľa § 313 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“) banková záruka vzniká písomným vyhlásením banky v záručnej listine, že uspokojí veriteľa do výšky určitej peňažnej sumy podľa obsahu záručnej listiny, ak určitá tretia osoba (dlžník) nesplní určitý záväzok alebo sa splnia iné podmienky určené v záručnej listine

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného k podaným námietkam navrhovateľa a navrhovateľom namietaných skutočností v námietkach konštatuje nasledovné:

70. Úrad úvodom tohto právneho posúdenia uvádza, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa je úzko späté s prvými námietkami tohto navrhovateľa, teda konaním o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok č. 16470-6000/2020, predmetom ktorého sú námietky smerujúce podľa § 170 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) tohto zákona, in concreto proti neposkytnutiu súčinnosti pred uzavretím zmluvy.
71. Predmetom tohto konania sú námietky navrhovateľa smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) tohto zákona, vo veci neposkytnutia súčinnosti a naň nadväzujúci úkon kontrolovaného a to uplatnenie práv z bankovej záruky. Navrhovateľ uvádza, že v nadväznosti na Výzvu na uzavretie zmluvy poskytol kontrolovanému, podľa jeho názoru všetky relevantné doklady na uzavretie Zmluvy o dielo. Kontrolovaný listom zo dňa 24. 11. 2020 - Oznámenie o neposkytnutí

súčinnosti (doručenom navrhovateľovi dňa 25. 11. 2020), kontrolovaný oznámil navrhovateľovi, že navrhovateľ neposkytol riadnu súčinnosť kontrolovanému na uzavretie zmluvy a tiež, že kontrolovaný pristúpi k uzatvoreniu Zmluvy o dielo s uchádzačom, ktorý sa po vyhodnotení ponúk umiestnil na druhom mieste v poradí. Kontrolovaný následne Oznámením o uplatnení práv z bankovej záruky uviedol, že si v súlade s § 46 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní uplatňuje nárok na zaplatenie zábezpeky z Bankovej záruky a žiada spoločnosť Tatra banka, a.s., ako banku, ktorá Bankovú záruku vystavila o zaplatenie sumy vo výške 250 000,-EUR na bankový účet kontrolovaného. Navrhovateľ s poukazom na list Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky uvádza, že považuje úkon kontrolovaného, ktorým si uplatňuje zábezpeku, t. j. vyzýva spoločnosť Tatra banka, a.s. na uplatnenie práv z bankovej záruky za diskriminačný a nezákonný a za porušujúci jeho práva a právom chránené záujmy, nakoľko má za to, že nenastali zákonné dôvody, ktoré kontrolovaný uvádza ako dôvody pre uplatnenie práva z bankovej záruky, nakoľko má za to, že z jeho strany nedošlo k neposkytnutiu súčinnosti vedúcej k uzatvoreniu zmluvy o dielo.

72. Vzhľadom na to, že **uplatnenie práv z bankovej záruky je iba právnym následkom porušenia určitých povinností uchádzača v prebiehajúcom procese verejného obstarávania, úrad považuje za potrebné v prvom rade vysporiadať sa s otázkou, či v danom prípade nastali podmienky pre prepadnutie zábezpeky podľa zákona o verejnom obstarávaní, a teda podmienky pre následné uplatnenie práv z bankovej záruky.**

73. Uplatneniu práv z bankovej záruky v tomto prípade predchádzalo podľa kontrolovaného neposkytnutie riadnej súčinnosti zo strany navrhovateľa pred uzavretím zmluvy. Úrad v tejto súvislosti poukazuje, že kontrolovaný listom zo dňa 03. 11. 2020 adresoval navrhovateľovi v predmetnom verejnom obstarávaní list s názvom „Výzva na uzavretie zmluvy“, v zmysle ktorej kontrolovaný vyzval navrhovateľa, aby v lehote 10 pracovných dní odo dňa doručenia tejto výzvy, s ohľadom na § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní, a bodom 31. súťažných podkladov doručil kontrolovanému požadované doklady za účelom poskytnutia riadnej súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy, kde okrem iných dokladov požadoval od navrhovateľa doručiť aj nasledovné dokumenty :

- **Originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy uzatvorenej medzi navrhovateľom „Zhotoviteľom“ a osobou, ktorej kapacity použil navrhovateľ na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch, na základe ktorej má táto osoba povinnosť skutočne vykonať Dielo v rozsahu, v ktorom navrhovateľ použil kapacity tejto osoby na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovené v Súťažných podkladoch a na základe ktorej táto osoba zodpovedá za plnenie tejto zmluvy o dielo spoločne so Zhotoviteľom (pozn. bude tvoriť prílohu zmluvy o dielo),**
- **Originál alebo úradne overenú fotokópiu zmluvy, v ktorej budú jednoznačne stanovené vzájomne práva a povinnosti členov skupiny dodávateľov, kto sa ako časťou bude podieľať na plnení zákazky, ako aj skutočnosť, že všetci členovia**

skupiny dodávateľov sú zaviazaní zo záväzkov voči verejnému obstarávateľovi spoločne a nerozdielne.

74. V reakcii na uvedené doručil navrhovateľ dňa 13. 11. 2020 kontrolovanému požadované doklady, pričom vo vzťahu k vyššie uvádzaným dokladom doručil navrhovateľ:

- **Zmluvu s tretťou osobou, uzavretú medzi spoločnosťou XY a spoločnosťou CC č. 190/12/18 zo dňa 13. 12. 2018,**
- **Zmluvu o združení, uzatvorenú medzi spoločnosťou XY a spoločnosťou XZ zo dňa 16. 01. 2019**

75. Po posúdení obsahu predmetných zmlúv kontrolovaný následne vyhodnotil, že navrhovateľom doručené dokumenty (vyššie uvedené zmluvy) nie sú v súlade s požiadavkami kontrolovaného, a to Prílohou č. 6 súťažných podkladov - návrhu zmluvy o dielo, konkrétne s bodom 25.18.4 tejto zmluvy a požiadavkou stanovenou v bode 31, podbod 31.3.2. súťažných podkladov, v dôsledku čoho listom zo dňa 24. 11. 2020 adresoval navrhovateľovi „Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti“. Vo vzťahu k uvedenému úkonu kontrolovaného následne navrhovateľ listom zo dňa 01. 12. 2020 a doplnením námietok zo dňa 4.12.2020 uplatnil revízny postup v podobe námietok smerujúcich podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) tohto zákona, in concreto proti neposkytnutiu súčinnosti, ktoré adresoval úradu aj kontrolovanému, a o ktorých úrad vedie konanie pod č. 16470-6000/2020.

76. Úrad v nadväznosti na uvedené uvádza, že poskytnutie / neposkytnutie súčinnosti potrebnej na uzatvorenie zmluvy posudzoval v osobitnom konaní, pričom rozhodnutím č. 16470-6000/2020 zo dňa 19. 02. 2021 v predmetnom konaní rozhodol, že kontrolovaný postupoval v rozpore s ust. § 56 ods. 8 v spojení § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, keď pristúpil k rozhodnutiu o neposkytnutí súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy zo strany navrhovateľa. Uvedený právny záver úrad opiera najmä o tieto zistené skutočnosti: Úlohou úradu bolo v konaní č. 16470-6000/2020 v prvom rade sa vysporiadať s otázkou, **či v posudzovanom prípade bola zo strany navrhovateľa vyvinutá aktivita na uzavretie zmluvy, a či sa navrhovateľ podieľal na jej uzavretí, a teda či súčinnosť bola zo strany navrhovateľa ako taká poskytnutá.** Podľa názoru úradu s ohľadom na význam inštitútu poskytnutia súčinnosti, mal úrad za to, že ak navrhovateľ v reakcii na Výzvu kontrolovaného na uzavretie zmluvy doručil kontrolovanému v stanovenej lehote dokumenty, ktoré smerovali k uzavretiu zmluvy v zmysle požiadavky kontrolovaného, **možno tieto úkony navrhovateľa vnímať ako činnosť – aktivitu navrhovateľa smerujúcu k dosiahnutiu spoločného cieľa, ktorým je uzavretie zmluvy.** **Úrad ďalej v rozhodnutí č. 16470-6000/2020 zo dňa 19. 02. 2021 konštatoval,** že nakoľko si kontrolovaný nestanovil, akú zmluvu v zmysle bodu 25.18.4 prílohy č. 6 súťažných podkladov - „ZMLUVA O DIELO“ bude akceptovať, resp. že formulácia bodu 25.18.4 prílohy č. 6 súťažných podkladov – „ZMLUVA O DIELO“ pripúšťa rôzny výklad, a nevyplýva z nej jednoznačne, že by zmluva o budúcej zmluve o dielo, teda Zmluva s tretťou osobou neobsahovala záväzok tretej osoby vykonať dielo v rozsahu, v akom to preukazoval uchádzač /navrhovateľ/ pri splnení podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti, doručenie

takejto zmluvy kontrolovanému v zmysle Výzvy na uzavretie zmluvy nie je možné vyhodnotiť ako skutočnosť, že súčinnosť nebola poskytnutá. Inak povedané úrad v posudzovanom prípade konštatoval, že z tejto formulácie kontrolovaného vyplýva, že zmluva o budúcej zmluve o dielo (Zmluva s treťou osobou) predložená navrhovateľom tiež spĺňa jeho požiadavku, resp., že formulácia kontrolovaného uvedená v bode 25.18.4 prílohy č. 6 súťažných podkladov – ZMLUVA O DIELO, to nevylučuje. Úrad v predmetnom rozhodnutí tiež uviedol, že aj zo zmluvy o budúcej zmluve o dielo (Zmluvy s treťou osobou) vyplýva záväzok uzavrieť „ostrú“ zmluvu. Úrad tiež konštatoval v predmetnom rozhodnutí, že postup kontrolovaného, ktorým vyhodnotil navrhovateľom predloženú Zmluvu s treťou osobou medzi navrhovateľom a spoločnosťou CC ako zmluvu, ktorá: neobsahuje povinnosť spoločnosti CC skutočne vykonať dielo a zmluvu, ktorá neobsahuje záväzok spoločnosti CC i a navrhovateľa zodpovedať za plnenie zmluvy o dielo spoločne, nemožno považovať za neposkytnutie súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy, nakoľko doručenie takejto zmluvy kontrolovanému v zmysle Výzvy na uzavretie zmluvy nie je možné vyhodnotiť ako skutočnosť, že súčinnosť nebola poskytnutá. Úrad vo vzťahu k zodpovednosti za plnenie zmluvy o dielo spoločne aj zo strany spoločnosti CC v predmetnom rozhodnutí tiež konštatoval, že uvedená požiadavka kontrolovaného podľa názoru úradu nemá oporu v zákone o verejnom obstarávaní, a je v rozpore princípmi verejného obstarávania, nakoľko zodpovedný za plnenie zmluvy bude vždy navrhovateľ, ako úspešný uchádzač a zmluvná strana Zmluvy o dielo. V kontexte uvedeného nebolo podľa názoru úradu potrebné na účel poskytnutia súčinnosti vyžadovať od navrhovateľa preukázať spoločnú zodpovednosť navrhovateľa a spoločnosti CC za plnenie zmluvy o dielo, pretože spoločnosť CC by sa musela zaviazat' k zodpovednosti aj za časti diela na zhotovení ktorých sa nepodieľala. Taktiež úrad v predmetnom rozhodnutí uviedol, cit.: „Zo záväzkov sú členovia združenia zaviazaní spoločne a nerozdielne, a teda aj zo Zmluvy o dielo vo vzťahu ku kontrolovanému, z čoho vyplýva aj povaha solidarity upravená v § 511 Občianskeho zákonníka, v zmysle ktorého možno na účely solidarity skonštatovať, že pre vysporiadanie spoludlžníkov sa predpokladá, že ich podiely sú rovnaké. Tomu zodpovedá oprávnenie kontrolovaného požadovať od ktoréhokoľvek z členov združenia plnenie celého záväzku vyplývajúceho zo Zmluvy o dielo. V danom prípade ide o pojem „pasívna solidarita“, pričom v zmysle uvedeného sú členovia združenia zodpovední za záväzky voči kontrolovanému solidárne. Na tomto základe možno skonštatovať, že z hľadiska plnenia predmetu zákazky nie je neurčený podiel plnenia jednotlivých členov združenia voči kontrolovanému relevantný, nakoľko má význam len vo vzájomnom vzťahu medzi členmi združenia, a to v súvislosti s vysporiadaním plnenia nárokov uplatnených voči jednotlivým solidárnym spoludlžníkom podľa podielu dlhu na nich pripadajúceho v zmysle Občianskeho zákonníka. V zmysle uvedeného obaja členovia združenia zodpovedajú za plnenie celého predmetu zákazky spoločne a nerozdielne, pričom ich vzájomné vysporiadanie sa, vo vzťahu k pro futuro realizovanému plneniu predmetu zákazky (ktorýmkoľvek členom združenia) je záležitosťou práva regresu medzi členmi združenia, podľa podielov dlhu na nich pripadajúceho podľa Občianskeho zákonníka. Členovia združenia sú tak v predmetnom prípade zaviazaní voči kontrolovanému ohľadne plnenia predmetu zákazky spoločne a nerozdielne, z čoho pre kontrolovaného vyplýva záväzok, že predmet zákazky v bližšie nešpecifikovanom podiele členmi združenia plnený bude. V danom prípade sú tak členovia združenia zaviazaní na to isté plnenie v celom rozsahu predmetu zákazky. **V zmysle uvedeného úrad konštatuje, že skutočnosť, že členovia združenia sú zaviazaní spoločne**

a nerozdielne, predstavuje záväzok, ktorým nemožno poprieť viazanosť členov združenia voči kontrolovanému vo vzťahu k plneniu celého predmetu zákazky, hoci podiely na plnení predmetu zákazky jednotlivými členmi neboli explicitne definované. Uvedený záväzok členov združenia v predmetnom prípade zastrešuje presne nešpecifikované podiely plnenia na predmete zákazky jednotlivých členov združenia. Z uvedeného vyplýva, že **viazanosť členov združenia „spoločne a nerozdielne“ voči kontrolovanému ohľadom plnenia predmetu zákazky predstavuje záväzok, ktorý možno povýšiť nad určenie detailnejšie určených podielov plnenia jednotlivých členov združenia**, nakoľko za daných okolností je každý z členov združenia povinný plniť predmet zákazky v celom rozsahu.“ Úrad v predmetnom rozhodnutí tiež poukázal, že aj napriek tomu, že v predmetnej Zmluve o združení nie sú explicitne uvedené podiely každého z členov združenia, určité informácie o tom, v akom rozsahu sa bude ten ktorý člen podieľať na plnení zákazky vyplýva napr. z čl. IV. bod 5. a 6. Zmluvy o združení, ako aj z čl. V. Zmluvy o združení. Úrad v predmetnom rozhodnutí tiež uviedol, cit.: „skutočnosť, že zo Zmluvy o združení explicitne nevyplývajú podiely členov združenia napr. vo forme percentuálneho vyčíslenia, teda nezodpovedajú predstavám kontrolovaného, **samo o sebe nemôže znamenať, že súčinnosť nebola zo strany navrhovateľa poskytnutá, ba dokonca, že podiely nie sú v Zmluve o združení určené.**“. Na podklade uvedených skutočností vyhodnotil úrad námietky navrhovateľa v konaní pod č. 16470-6000/2020 za opodstatnené, nakoľko úkon kontrolovaného oznámenie o neposkytnutí súčinnosti potrebnej na uzavretie zmluvy vo vzťahu k predloženiu Zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy o dielo (Zmluvy s treťou osobou) a Zmluvy o združení zo strany navrhovateľa nemožno považovať za súladný s princípmi verejného obstarávania podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, najmä princípom transparentnosti a proporcionality Úrad rovnako v predmetnom rozhodnutí konštatoval, že navrhovateľ na základe Výzvy kontrolovaného na uzavretie zmluvy v kontrolovanom stanovenej lehote doručil dokumenty, z ktorých nemožno konštatovať neposkytnutie súčinnosti, nakoľko navrhovateľ vyvinul aktivitu smerujúcu k uzavretiu zmluvy, to znamená predložil doklady – dokumenty, ktoré úrad s poukazom na skutočnosti zistené v danom konaní považoval za dostačujúce, primerané poskytnutiu súčinnosti potrebnej pred uzavretím zmluvy. Úrad v danom prípade konštatoval porušenie s vplyvom na výsledok verejného obstarávania, konkrétne porušenie § 10 ods. 2 v spojitosti s § 56 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní. (body 66 – 92 rozhodnutia úradu č. 16470-6000/2020 zo dňa 19. 02. 2021).

77. Podľa § 46 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní ak verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vyžaduje od uchádzačov zábezpeku, jej výšku uvedie v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž, v súťažných podkladoch určí podmienky jej zloženia a podmienky jej uvoľnenia alebo vrátenia. Podmienky zloženia zábezpeky treba určiť tak, aby si spôsob zloženia zábezpeky mohol vybrať uchádzač. Podľa § 46 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní **zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa a obstarávateľa**, ak uchádzač a) odstúpi od svojej ponuky v lehote viazanosti ponúk alebo b) neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 8 až 12.

78. Podľa bodu 16.11 súťažných podkladov, zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa, ak uchádzač odstúpi od svojej ponuky v lehote viazanosti ponúk alebo neposkytne súčinnosť alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 9 až 12 zákona o verejnom obstarávaní. Odstúpenie od svojej ponuky uchádzač bezodkladne oznámi prostredníctvom systému EVO verejnému obstarávateľovi.
79. Z vyššie uvedeného vyplýva, že kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní stanovil podmienky prepadnutia zábezpeky v súťažných podkladoch, a to okrem iného tak, že zábezpeka prepadne, ak uchádzač neposkytne súčinnosť. Úrad vo všeobecnosti k prepadnutiu zábezpeky uvádza, že v súlade s § 46 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní možno inštitút prepadnutia zábezpeky uplatniť iba u úspešného uchádzača. Ako už bolo vyššie uvádzané, v uvedenom prípade bolo prepadnutie zábezpeky viazané na neposkytnutie súčinnosti navrhovateľa.
80. V zmysle § 46 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môžu vyžadovať, aby uchádzač zabezpečil viazanosť svojej ponuky zábezpekou. Zábezpeka je poskytnutie bankovej záruky, poistenie záruky alebo zloženie finančných prostriedkov na účet verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v banke alebo v pobočke zahraničnej banky. Úrad uvádza, že navrhovateľ v predmetnom verejnom obstarávaní zložil zábezpeku vo forme bankovej záruky. Bankovú záruku vystavila spoločnosť Tatra banka a.s. dňa 20. 12. 2019 pod č. 621.529, na sumu 250,000 Eur. Z predmetnej listiny vyplýva, že Tatra banka a.s. sa bez námietok zaväzuje zaplatiť požadovanú sumu 250.000 Eur do piatich pracovných dní po obdržaní prvej písomnej výzvy obstarávateľa na zaplatenie na účet v nej uvedený. Z predmetnej listiny zároveň vyplýva okrem iného, že sa Tatra banka a.s. zaväzuje vyplatiť vyššie uvedenú sumu, ak uchádzač neposkytol súčinnosť potrebnú pre uzavretie zmluvy.
81. Banková záruka teda ako jedna z foriem zloženia zábezpeky predstavuje inštitút, ktorý má charakter nepenažnej formy zábezpeky. Inštitút bankovej záruky je upravený v ust. § 313 a nasl. Obchodného zákonníka, v zmysle ktorého banková záruka vzniká písomným vyhlásením banky v záručnej listine, že uspokojí veriteľa do výšky určitej peňažnej sumy podľa obsahu záručnej listiny, ak určitá tretia osoba (dlžník) nesplní určitý záväzok alebo sa splnia iné podmienky určené v záručnej listine.
82. Vzhľadom na to, že úrad v konaní pod č. 16470-6000/2020 rozhodnutím zo dňa 19. 02. 2021 konštatoval, že zo strany navrhovateľa bola poskytnutá súčinnosť pred uzavretím zmluvy (pozri aj bod 76 tohto rozhodnutia), má úrad za to, že zo strany kontrolovaného došlo k neoprávnenému uplatneniu práv z bankovej záruky. Inak povedané na základe úradom konštatovaného porušenia § 56 ods. 8 o neposkytnutí súčinnosti v spojení s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, **nenastali zákonné podmienky podľa ust. § 46 ods. 4 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktoré by spôsobili prepadnutie zábezpeky v prospech kontrolovaného. Preto uplatnenie práv z Bankovej záruky, nastalo podľa úradu bez splnenia zákonných podmienok upravených zákonom o verejnom obstarávaní pre prepadnutie zábezpeky v prospech kontrolovaného.** V kontexte uvedeného úrad uvádza, že z dokumentácie kontrolovaného vyplýva, že na základe uplatnenia práv z Bankovej záruky Tatra

banka, a.s. vyplatila sumu vo výške 250,000 Eur na bankový účet kontrolovaného, t. j. 08. 12. 2020 na účet kontrolovaného (bod 55 tohto rozhodnutia).

83. V kontexte skutočností, a to úradom konštatovaného poskytnutia súčinnosti zo strany navrhovateľa pred uzavretím zmluvy (vyplývajúce z rozhodnutia úradu č. 16470-6000/2020 z 19. 02. 2020), úrad ďalej konštatuje, že preskúmaním námietok navrhovateľa zistil, že námietky navrhovateľa smerujú proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f) tohto zákona, teda podľa § 170 ods. 3 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, proti uplatneniu práv z bankovej záruky. Navrhovateľ v námietkach rozporuje úkony kontrolovaného, a to „Oznámenie o uplatnení práv v bankovej záruky“ zo dňa 24. 11. 2020 a listu „Oznámenie k výzve na zaplatenie bankovej záruky“ zo dňa 26. 11. 2020, ktoré adresoval Tatra banke a.s..
84. **Vo väzbe na uvedené bolo preto úlohou úradu preskúmať, či úkony kontrolovaného, ktoré navrhovateľ v predmetných námietkach namieta, a ktorými v zmysle petitu navrhuje, aby úrad nariadil zrušiť úkon kontrolovaného zo dňa 24. 11. 2020 a to „Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky“ a Oznámenie k výzve na zaplatenie bankovej záruky“ zo dňa 26. 11. 2020 voči banke“ a zaviazal kontrolovaného k úplnému späťvzatiu týchto úkonov voči banke, možno považovať za úkony kontrolovaného, ktoré podliehajú preskúmaniu zo strany úradu.**
85. Úrad uvádza, že nespochybňuje, že v danom prípade „Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky“ zo dňa 24. 11. 2020 a „Oznámenie k výzve na zaplatenie bankovej záruky“ zo dňa 26. 11. 2020 sú úkonmi kontrolovaného. Na druhej strane, úrad dáva do pozornosti, že predmetné úkony kontrolovaného nesmerovali vo vzťahu k navrhovateľovi, ale k banke, a to konkrétne Tatra banke, a.s., ktorá Bankovú záruku poskytla. Ako už bolo vyššie uvedené banková záruka, je jednostranný právny úkon, ktorý vzniká písomným vyhlásením banky v záručnej listine, že uspokojí veriteľa do výšky určitej peňažnej sumy podľa obsahu záručnej listiny, ak určitá tretia osoba (dlžník) nesplní určitý záväzok alebo sa splnia iné podmienky určené v záručnej listine (§ 313 Obchodného zákonníka). Úrad na tomto mieste zároveň poukazuje, že banková záruka je obchodnoprávny zaist'ovací (zabezpečovací) inštitút, ktorý spadá pod tzv. absolútne obchody (§ 261 ods. 3 písm. e) Obchodného zákonníka), t. j. je upravený len v rámci Obchodného zákonníka a vzťahy z neho vzniknuté sa spravujú Obchodným zákonníkom bez ohľadu na povahu zúčastnených subjektov.
86. Z vyššie uvedeného podľa názoru úradu preto vyplýva, že úkony kontrolovaného, a to: „Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky“ zo dňa 24. 11. 2020 a „Oznámenie k výzve na zaplatenie bankovej záruky“ zo dňa 26. 11. 2020, sú síce dôsledkom postupu kontrolovaného v súvislosti s ním tvrdným neposkytnutím súčinnosti zo strany navrhovateľa pri uzatvorení zmluvy podľa zákona o verejnom obstarávaní, avšak tieto úkony smerovali voči Tatra banke, a.s., majú súkromnoprávny charakter uplatnenia práv z bankovej záruky poskytnutej bankou, ako osobitnej formy ručenia upravenej Obchodným zákonníkom, a teda tieto úkony sa spravujú v celom rozsahu Obchodným zákonníkom, a nie zákonom o verejnom obstarávaní. V danom prípade teda išlo o súkromnoprávny, resp. obchodnoprávny vzťah ručenia medzi kontrolovaným, Tatra bankou, a.s. a navrhovateľom, ktorý sa spravuje výlučne ustanoveniami Obchodného

zákonníka. A teda tak práva, ako aj povinnosti vyplývajúce z tohto vzťahu ručenia možno riešiť iba v súlade s ustanoveniami Obchodného zákonníka.

87. Úrad preskúmaním dokumentácie kontrolovaného zároveň zistil, že v bode 16.3 Podmienky zloženia bankovej záruky“ súťažných podkladov sa uvádza, cit.:

„16.3 Podmienky zloženia bankovej záruky

16.3.1 Banková záruka za uchádzača môže byť poskytnutá bankou so sídlom v Slovenskej republike, pobočkou zahraničnej banky v Slovenskej republike alebo zahraničnou bankou(d ďalej len „Banka“) a preukazuje sa záručnou listinou, tak ako je uvedené ďalej.

16.4 Obsah bankovej záruky. Zo záručnej listiny vystavenej bankou musí vyplývať, že:

16.4.1 banka uspokojí veriteľa (verejného obstarávateľa podľa bodu 1) za dlžníka (uchádzača) v prípade prepadnutia jeho zábezpeky ponuky v prospech verejného obstarávateľa,

16.4.2 banková záruka sa použije na úhradu zábezpeky ponuky vo výške podľa bodu 16.1,

16.4.3 zmluva (záručná listina) medzi bankou a dlžníkom nesmie obsahovať žiadne námietky dlžníka voči veriteľovi.

16.4.4 banka sa zaväzuje zaplatiť vzniknutú pohľadávku do 10 dní po doručení výzvy verejného obstarávateľa na zaplatenie, na jeho účet podľa bodu 16.7.1,

16.4.5 banková záruka nadobúda platnosť dňom jej vystavenia bankou a vzniká dorúčením záručnej listiny verejnému obstarávateľovi,

16.4.6 platnosť bankovej záruky končí uplynutím lehoty viazanosti ponúk podľa bodu 9.2, resp. predĺženej lehoty viazanosti ponúk podľa bodu 9.3, pokiaľ verejný obstarávateľ do uplynutia doby platnosti bankovej záruky uchádzačovi písomne prostredníctvom systému EVO oznámi takéto primerané predĺženie lehoty viazanosti ponúk“.

88. Zo súťažných podkladov ďalej vyplýva, v akých situáciách dôjde k zániku bankovej záruky, a to nasledovne, cit.:

„Zánik bankovej záruky: banková záruka zanikne:

16.4.7 plnením banky v rozsahu, v akom banka za uchádzača poskytla plnenie v prospech verejného obstarávateľa,

16.4.8 uplynutím doby platnosti, ak si verejný obstarávateľ do uplynutia doby platnosti neuplatnil svoje nároky voči banke vyplývajúce z vystavenej záručnej listiny, alebo v dobe platnosti bankovej záruky nepožiadal o predĺženie doby platnosti bankovej záruky.

16.4.9 Záručná listina podľa bodov 16.4, v ktorej banka písomne vyhlási, že uspokojí verejného obstarávateľa za uchádzača do výšky finančných prostriedkov, ktoré verejný obstarávateľ požaduje ako zábezpeku viazanosti ponuky uchádzača, musí byť súčasťou ponuky. Ak bankovú záruku poskytne zahraničná banka, ktorá nemá pobočku na území Slovenskej republiky, záručná listina vyhotovená zahraničnou bankou v štátnom jazyku krajiny sídla takejto banky musí byť zároveň doložená úradným prekladom do slovenského jazyka okrem záručnej listiny vyhotovenej v českom jazyku.

16.4.10 Ak záručná listina podľa bodu 16.4 nebude súčasťou ponuky, bude ponuka uchádzača z verejnej súťaže vylúčená. Verejný obstarávateľ písomne upovedomí uchádzača o jeho vylúčení s uvedením dôvodu a lehoty, v ktorých môže uplatniť revízne postupy v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.“.

89. Kontrolovaný zároveň stanovil v súťažných podkladoch podmienky **vrátenia zábezpeky a jej prepadnutia** nasledovne, cit.:

„16.5 Podmienky vrátenia zábezpeky ponuky pred uplynutím lehoty viazanosti ponúk

16.5.1 Verejný obstarávateľ odvolá poskytnutú bankovú záruku za uchádzača podľa § 46 zákona o verejnom obstarávaní.

16.6 Podmienky vrátenia zábezpeky ponuky po uzavretí zmluvy

16.6.1 Platnosť poskytnutej bankovej záruky zanikne uplynutím lehoty na ktorú bola vystavená, pokiaľ verejný obstarávateľ písomne neoznámí uchádzačovi svoje nároky z bankovej záruky počas doby jej platnosti.

Podmienky vrátenia zábezpeky

16.8.1 Verejný obstarávateľ uvoľní alebo vráti uchádzačovi zábezpeku do siedmich dní odo dňa:

- márneho uplynutia lehoty na doručenie námietky, ak ho verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúčil z verejného obstarávania, alebo ak verejný obstarávateľ zruší použitý postup zadávania zákazky,

- uzavretia zmluvy.

16.8.2 Verejný obstarávateľ vystaví banke prevodný príkaz na prevod finančných prostriedkov vo výške podľa bodu 16.1, ktoré boli určené ako zábezpeka ponuky uchádzača.

16.9 Spôsob zloženia zábezpeky si vyberie uchádzač podľa vyššie uvedených podmienok zloženia.

16.10 prípade predĺženia lehoty viazanosti ponúk tejto súťaže zábezpeka ponúk naďalej zabezpečuje viazanosť ponúk uchádzačov až do uplynutia takto primerane predĺženej lehoty viazanosti ponúk.

16.11 **zábezpeka prepadne v prospech verejného obstarávateľa**, ak uchádzač odstúpi od svojej ponuky v lehote viazanosti ponúk alebo **neposkytne súčinnosť** alebo odmietne uzavrieť zmluvu alebo rámcovú dohodu podľa § 56 ods. 9 až 12 zákona o verejnom obstarávaní. Odstúpenie od svojej ponuky uchádzač bezodkladne oznámí prostredníctvom systému EVO verejnému obstarávateľovi.“

90. Úrad s poukazom na vyššie uvedené podmienky zloženia, vrátenia a prepadnutia bankovej záruky resp. zábezpeky v súťažných podkladoch uvádza, že v kontexte posudzovaného prípadu je nesporné, že:

- **Zábezpeka v prípade navrhovateľa bola zložená vo forme bankovej záruky, ktorú poskytla banka, Tatra banka a.s., a to vystavením bankovej záruky zo dňa 20. 12. 2019, pod č. 621.529, (bod 52 tohto rozhodnutia),**
- **Kontrolovaný potom, čo skonštatoval neposkytnutie súčinnosti zo strany navrhovateľa, potrebnej na uzavretie zmluvy, adresoval banke list s názvom „Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky“ zo dňa 24. 11. 2020“, na základe ktorého podľa § 46 ods. 4 písm.**

b) zákona o verejnom obstarávaní uplatnil nárok na zaplatenie zábezpeky z Bankovej záruky a požiadal Tatra banku, a.s. o vyplatenie sumy 250.000,- Eur na bankový účet kontrolovaného (bod 49 tohto rozhodnutia),

- **Kontrolovaný následne adresoval banke list s názvom „Oznámenie k výzve na zaplatenie bankovej záruky“ zo dňa 27. 11. 2020, ktorým požiadal Tatra banku, a.s., aby sumu vo výške 250,000,- Eur vyplatila na účet kontrolovaného až potom, čo dôjde k právoplatnosti rozhodnutia Okresného súdu Žiar nad Hronom o neodkladnom opatrení, ktoré adresoval navrhovateľ 25. 11. 2020 na Okresný súd Žiar nad Hronom. (bod 50 a 51 tohto rozhodnutia),**

91. V súvislosti so zisteným skutkovým a právnym stavom má úrad za to, že v predmetnom prípade námietky navrhovateľa smerujú proti úkonom kontrolovaného (Oznámenie o uplatnení práv z bankovej záruky zo dňa 24. 11. 2020 a Oznámením k výzve na zaplatenie bankovej záruky zo dňa 27. 11. 2020), ktoré kontrolovaný adresoval Tatra banke, a.s. v rámci osobitného obchodnoprávneho vzťahu, inštitútu bankovej záruky, ktorý sa spravuje v celom rozsahu ust. Obchodného zákonníka, ako osobitného právneho predpisu. Kontrolovaný síce doručoval uvedené listiny navrhovateľovi, ale iba „na vedomie“ v rámci IS EVO dňa 27.11.2020, t.j. ako také boli vynúiteľné/vykonateľné iba voči Tatra banke, a.s. z titulu jej ručenia podľa poskytnutej Bankovej záruky. Zároveň úrad konštatuje, že **v predmetnom prípade už došlo k zániku Bankovej záruky** a to vyplatením sumy 250.000,- Eur na bankový účet kontrolovaného, a to v zmysle úpravy Obchodného zákonníka.

92. V kontexte uvedeného úrad s poukazom na bod 89 a 90 tohto rozhodnutia nemôže konštatovať iné, ako skutočnosť, že námietky navrhovateľa smerujú proti takým úkonom kontrolovaného, ktoré úrad posúdil ako:

- **úkony smerujúce vo vzťahu k inému subjektu, a to Tatra banke, a.s v rámci obchodnoprávneho vzťahu, ktorý sa spravuje osobitným právnym predpisom, a to ustanoveniami § 313 a nasl. Obchodného zákonníka, z titulu osobitnej formy ručenia upravenej Obchodným zákonníkom,**
- **úkony, ktoré spôsobili zánik Bankovej záruky podľa podmienok v nej uvedených a podľa podmienok upravených osobitným predpisom, ktorým je Obchodný zákonník,**
- **úkony, ktoré nepodliehajú preskúmaniu zo strany úradu, nakoľko nie sú úkonmi kontrolovaného v procese verejného obstarávania podľa zákona o verejnom obstarávaní (aj keď sú následkom postupu kontrolovaného v súvislosti s ním tvrdým neposkytnutím súčinnosti zo strany navrhovateľa pri uzatvorení zmluvy podľa zákona o verejnom obstarávaní),**
- **úkony, ktoré majú súkromnoprávny charakter uplatnenia práv z bankovej záruky poskytnutej bankou, ako osobitnej formy ručenia upravenej Obchodným**

zákonníkom, a teda práva a povinnosti vyplývajúce z Bankovej záruky sa spravujú v celom rozsahu osobitným právnym predpisom – Obchodným zákonníkom,

- **úkony, ktorých následky je možné riešiť iba v rámci obchodnoprávneho vzťahu medzi kontrolovaným, Tatra bankou, a.s. a navrhovateľom v súlade s ustanoveniami Obchodného zákonníka.**

93. Úrad uvádza, že predmetom úpravy zákona o verejnom obstarávaní je postup zadávania zákaziek, resp. uzatvárania odplatných zmlúv na dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služby, pri ktorých povinným subjektom je verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vynakladajúci finančné prostriedky z verejných zdrojov. Úrad v tejto súvislosti považuje za potrebné upriamiť pozornosť na pojem „vecná príslušnosť“. Vecná príslušnosť znamená pôsobnosť určitého orgánu na rozhodovanie alebo prejednávanie určitého okruhu vecí a určuje, ktorý druh orgánu verejnej správy a ktorý stupeň v rámci daného druhu orgánu je príslušný rozhodnúť o skutkovom stave, ktorý tvorí meritum veci, pričom táto právomoc je uvedenému orgánu resp. stupňu daného orgánu priznaná príslušným právnym predpisom. Príslušnosť úradu vykonávať dohľad nad verejným obstarávaním je vyjadrená v zákone o verejnom obstarávaní, konkrétne v § 167 ods. 1, podľa ktorého úrad vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 8 ustanovených týmto zákonom, pričom pri výkone dohľadu úrad sleduje aj plnenie povinností uložených rozhodnutiami úradu. **Úrad teda môže vykonávať dohľad len nad tými právami prípadne povinnosťami, ktoré kontrolovanému vyplývajú zo zákona o verejnom obstarávaní, nie však nad právami a povinnosťami, ktoré kontrolovanému vyplývajú z iných právnych predpisov, prípadne zo zmlúv.**

94. Úrad na základe uvedeného a v kontexte predchádzajúceho bodu tohto rozhodnutia uvádza, že **nie je vecne príslušný rozhodnúť o skutkovom stave, ktorý namieta navrhovateľ**, nakoľko nie je kompetentný rozhodnúť o úkonoch kontrolovaného - uplatnení práv z bankovej záruky poskytnutej bankou, ako osobitnej formy ručenia upravenej Obchodným zákonníkom, kde sa práva a povinnosti vyplývajúce z Bankovej záruky spravujú v celom rozsahu osobitným právnym predpisom – Obchodným zákonníkom. Nakoľko rozhodovacia právomoc úradu je v tomto smere obmedzená, **úrad nemôže rozhodnúť o skutočnostiach, ktoré sú nad rámec zákona o verejnom obstarávaní.**

95. Podľa § 174 ods. 1 písm. i) zákona o verejnom obstarávaní, úrad zastaví rozhodnutím konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného, ak úrad nie je vecne príslušný rozhodnúť o námietkach.

96. Vzhľadom na všetky vyššie uvádzané skutočnosti úrad rozhodol tak, že nie je vecne príslušný na konanie vo veci preskúmania úkonov kontrolovaného, ktorými uplatnil právo na plnenie z Bankovej záruky podľa Obchodného zákonníka, nakoľko práva a povinnosti vyplývajúce z bankovej záruky, ako osobitnej formy ručenia podľa Obchodného

zákonníka nespádajú do kompetencie úradu, ako orgánu vykonávajúceho dohľad nad dodržiavaním povinností podľa zákona o verejnom obstarávaní.

97. V tejto súvislosti úrad uvádza, že úkony kontrolovaného, ktoré predchádzali uplatneniu práv kontrolovaného na plnenie z Bankovej záruky, a teda „Oznámenie o neposkytnutí súčinnosti“ na základe ktorých kontrolovaný dospel k záveru o neposkytnutí súčinnosti navrhovateľa pri uzatvorení zmluvy ako aj k záveru o splnení podmienok podľa zákona o verejnom obstarávaní na prepadnutie zábezpeky navrhovateľa z dôvodu neposkytnutia súčinnosti pri uzatváraní zmluvy boli predmetom posúdenia úradu v konaní č. 16470-6000/2020.

98. Úrad záverom rovnako uvádza, že navrhovateľ v predmetných námietkach namieta aj porušenie § 266 odst. 1 Trestného zákona. Úrad uvádza, že navrhovateľ v predmetných námietkach uvádza, že konaním kontrolovaného mohlo dôjsť k naplneniu znakov skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 ods. 1 Trestného zákona, podľa ktorého sa trestného činu machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe dopustí ten, kto v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou v úmysle spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe alebo dojedná niektorému súťažiteľovi alebo účastníkovi verejnej dražby prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby. Úrad vo vzťahu k uvedenému konštatuje, že do kompetencie úradu nespadá posudzovanie možných trestných činov a úrad teda nie je vecne príslušný rozhodovať o danej skutočnosti. Vecne príslušnými na rozhodovanie v danej veci sú orgány činné v trestnom konaní.

99. Zo skutočností zistených úradom vyplýva, že pre konanie o preskúmavanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa neboli splnené všetky zákonné predpoklady, čím pre úrad nastala neodstrániteľná prekážka brániaca meritórnemu rozhodovaniu v konaní o preskúmaní úkonov kontrolovaného v súlade s príslušnými ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní.

Kaucia

100. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späť vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania

101. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

Poučenie

Podľa § 177 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov proti tomuto rozhodnutiu úradu nie je možné podať odvolanie. Podľa § 52 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov v spojení s § 185 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je toto rozhodnutie právoplatné dňom doručenia účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 174 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu je preskúmateľné súdom, pričom žaloba musí byť podaná do 30 dní odo dňa doručenia rozhodnutia úradu.

riaditeľ odboru dohľadu

Rozhodnutie sa doručuje:

1. XY - navrhovateľ
2. SLOVENSKÝ VODOHOSPODÁRSKY PODNIK, štátny podnik, Radničné námestie 8, 969 55 Banská Štiavnica IČO: 36022047 – kontrolovaný